Die Sicherungsübereignung von Warenlagern.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät
der Königlichen Universität zu Marburg

vorgelegt von

Walter Stern
Referendar.

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1913.

Referent: Professor Dr. Franz Leonhard.

Dem Andenken meines Vaters!

Meiner Mutter!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Die Sicherungsübereignung einzelner Sachen.
I. Die Bedeutung der Sicherungsübereignung für das heutige Recht und ihre verschiedenen Arten 1
II. Die rechtliche Zulässigkeit der Sicherungsübereignung 8
III. Ihre wirtschaftliche Notwendigkeit 26
B. Die Sicherungsübereignung von Warenlagern.
I. Wirtschaftliche Bedenken 36
II. Rechtliche Schwierigkeiten 42
C. Die Übereignung der Warenzugänge insbesondere 69
D. Einzelne Rechtsbehelfe gegen schädliche Wirkungen der Sicherungsübereignung 80

Literaturverzeichnis.

Asch, Rechtsbehelfe des Gläubigers bei Rechtsgeschäften des Schuldners zum Nachteil für die Gläubiger. In der Juristischen Wochenschrift 1912.

Biermann, Sachenrecht.

Boonekamp, Die fiduziarische Sicherungsübereignung. Jenaer Diss. 1910.

Bosehan, Sicherungsübereignung und Gläubigernot. In der Juristischen Wochenschrift 1912.

Bosehan, Sicherungsübereignung und § 419 BGB. Im Recht 1912.

Brasch, Zur Anfechtbarkeit der Vermögensübertragungen. In der Juristischen Wochenschrift 1912.

Brettner, Zur Frage der Sicherungsübereignung. Im Recht 1906.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Dernburg, Bürgerliches Recht.

Dietz, Die Sicherungsübereignung eines Warenlagers. In der Badischen Rechtspraxis 1912.

Düringer, Das Warenlager als Gegenstand der Sicherungsübereignung. In der Leipziger Zeitschrift für Handelsrecht (zit.: L. Z. 1911.)

Düringer, Zur Lehre vom Sicherungskauf. (zit.: L. Z. 1908.)

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Fischer-Henle, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung.

Geiger, Zur Frage der Sicherungsübereignung. In der Deutschen Juristenzeitung 1907.

Halbauer, Die Sicherungsübereignung eines Warenlagers. Im Bankarchiv 1910.

Halbauer, Von den verschiedenen Mitteln, eine Forderung sicherzustellen, insbesondere von der Sicherungsübereignung. Im Recht 1905.

Hellwig, Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 64.

Hellwig, Gläubigernot. 1912.

Herklotz, Die Sicherungsübereignung von Mobilien. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1903.

Hertz, Die fiduziarischen Rechtsgeschäfte. Erlanger Diss. 1905.

Hirsch, Die Ersatzstücke bei der Sicherungsübereignung von Inventar und Warenlager. In der Deutschen Juristenzeitung 1911.

Höniger, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. 1912.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung.

Kanter, Die Sicherungsübereignung ohne Besitzwechsel nach geltendem Recht. Heidelberger Diss. Borna-Leipzig 1911

Katzenstein, Die Sicherung von Forderungen durch Überweisung von Mobilien. In Gruchots Beiträgen Bd. 49.

Kleinrath, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. Eine kritische Betrachtung zu dem Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft.

Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation. In Jherings Jahrbüchern 1878.

Lenel, Stellvertretung und Vollmacht. In Jherings Jahrbüchern Bd. 36.

Leonhard, Franz, Stellvertretung bei Fahrniserwerb.

Levin, Zur Auslegung des § 94 ZPO. Ein Beitrag zur prozessualen Behandlung der Sicherungsübereignung. In der Juristischen Wochenschrift 1912.

Lilienthal, Die Übereignung zum Zwecke der Sicherung. In der Juristischen Wochenschrift 1902.

Linckelmann, Die Sicherungsübereignung. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 7.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts.

Litten, Die Sicherungsübereignung. In den Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentag Bd. 3.

Luetgebrune, Die Ersatzstücke bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern. In der Juristischen Wochenschrift 1910.

Meyer-Allfeld, Deutsches Strafrecht.

Möller, Zur Frage der Sicherungsübereignung. In der Juristischen Wochenschrift 1912.

Oertmann, Zur Frage der Sicherungsübereignung. In der Deutschen Juristenzeitung 1911.

Przibilla, Zur Behandlung der Sicherungsverträge in Rechtsprechung und Gesetzgebung. In der Juristischen Wochenschrift 1911.

Regelsberger, Zur Lehre von der Simulation. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 63.

Rothschild, Gesetzumgehung. Marburger Diss. 1912.

Salinger, Die Sicherungsübereignung. In den Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentags Bd. 1.

Schäfer, Die Rechtsprechung über die Sicherungsübereignung. Im Archiv für bürgerliches Recht 1912.

Schmidt, Die Sicherungsübereignung. In der Deutschen Juristenzeitung 1912.

Schneider, Zur Frage der Sicherungsübereignung. Im Recht 1907.

Schöndorf, Soll die Sicherungsübereignung beseitigt werden? In der Deutschen Juristenzeitung 1911.

Staub, Kommentar zum Handelsrecht.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Sydow-Busch, Kommentar zur Zivilprozeßordnung.

v. Tuhr, Zur Lehre von der Anweisung. In Jherings Jahrbüchern Bd. 48.

Weidmann, Zur Behandlung fiduziarischer Sicherungsgeschäfte. In der Deutschen Juristenzeitung 1906.

Weißler, Zur Frage der Sicherungsübereignung. In der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1911.

Wienstein, Zur Frage der Sicherungsübereignung. Im Recht 1906.

Wienstein, Neues vom fiduziarischen Rechtsgeschäft. In der Leipziger Zeitschrift 1908.

Wolff, Wie beseitigt man die Gefahren der Sicherungsübereignung? In der Deutschen Juristenzeitung 1906.

Zeiler, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. In der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1912.

A. Die Sicherungsübereignung einzelner Sachen.

I. Die Bedeutung der Sicherungsübereignung für das heutige Recht und ihre verschiedenen Arten.

Es ist, wie Salinger[1]) richtig bemerkt, eine rechtsgeschichtlich auffällige Tatsache, daß die fiducia, die als älteste Art der Realsicherstellung einer Forderung den Ausgangspunkt bezw. die Vorläuferin des römischen Pfandrechtssystems darstellt, heute wieder als sogen. Sicherungsübereignung eine so große Rolle in unserem Rechts- und Wirtschaftsleben zu spielen vermag, wo wir doch in unseren neuen Kodifikationen ein bis ins einzelne ausgebildetes Pfandrecht besitzen, die Sicherungsübereignung aber darin nicht geregelt finden. Es ist hierfür nur die eine Erklärung möglich, daß dieses moderne Pfandrecht nicht allen Bedürfnissen gerecht wird und sich der Verkehr draußen darum genötigt sieht, den erstrebten wirtschaftlichen Erfolg auch auf anderen als vom Gesetzgeber hierfür eigentlich vorgesehenen Wegen zu erreichen. Denn wirtschaftliche Bedürfnisse sind stärker als aller gesetzgeberischer

---

[1]) a. a. O. S. 423.

Wille, und es fehlte und fehlt auch nicht an den findigen Juristen, die die nötigen Rechtspfade durch die Maschen des Gesetzes hindurch zu finden wissen. Wieso aber gerade die Sicherungsübereignung gleichsam zum Lückenbüßer des geltenden Pfandrechts wurde, wird uns ein kurzer Blick auf den geschichtlichen Entwicklungsgang des Pfandrechts leicht erklären können.

Das Ergebnis des römischen Rechts auf diesem Gebiete war die Zulässigkeit einer völlig formlosen Verpfändung von beweglichen wie unbeweglichen Sachen ohne jede Erkennbarkeit nach außen. Umgekehrt war die Publizität des Pfandrechts von jeher die Grundlage des vor allem auf den Gläubigerschutz und die Verkehrssicherheit bedachten deutschen Rechtes. Dieses Prinzip hat dann im Kampf mit dem rezipierten römischen Recht den endgültigen Sieg davongetragen, und zwar war das preuß. allgem. Landrecht das erste Gesetzbuch, das in Verfolgung dieses Zieles die sogen. Mobiliarhypothek verbot, d. h. eine Verpfändung von Fahrnis nur noch in Form des Faustpfandes zuließ. Preußens Beispiele folgten zahlreiche weitere Staaten, bis schließlich § 14 EG. z. RKO. v. 10. 2. 1877 der Mobiliarhypothek jede rechtliche Wirkung im Konkurse nahm und ihr damit auch in den wenigen Gebieten, wo sie noch Geltung besaß, den Todesstoß versetzte. Noch weiter ging endlich das Bürgerliche Gesetzbuch, indem es nicht nur in § 1205 zur Entstehung des Pfandrechts die Besitzaufgabe des Verpfänders zugunsten des Gläubigers

verlangt, sondern auch durch § 1253 mit der Rückgabe der verpfändeten Sache an den Verpfänder oder Eigentümer das Pfandrecht wieder erlöschen läßt.

Diese unbedingte Durchführung des im Grunde auch von uns gebilligten Prinzips der Erkennbarkeit der Pfandrechte ist aber offenbar, wie wir bereits oben andeuteten, wenigstens unter der zur Geltung gelangten Devise „ohne Faust kein Pfand" den Bedürfnissen des Lebens nicht gerecht geworden. Man hat zu einseitig das Gläubigerinteresse berücksichtigt, ohne zu bedenken, daß es gar manchen kreditbedürftigen und auch kreditwürdigen Schuldner gibt, dem so die Möglichkeit entzogen ist, seine bewegliche Habe, deren Besitz er aus berechtigten persönlichen oder gewerblichen Gründen nicht entbehren kann, zur Aufnahme eines Darlehens zu verwenden. Das allein in den Vordergrund gerückte Bestreben der Erkennbarkeit jeglicher Verpfändung hat ferner die gewiß unbeabsichtigte Folge gezeitigt, daß man dem Grundstückseigentümer durch unser Hypothekenrecht die weitgehendste Kreditmöglichkeit eröffnete, während man sie dem Fahrnisinhaber in der Mehrzahl der Fälle verschloß und ihn so gegenüber dem Grundbesitzer benachteiligte. Stellen wir uns einmal vor, der Inhaber eines gewerblichen Unternehmens oder der Pächter eines größeren Grundstückes suche in augenblicklicher Geldverlegenheit ein Darlehen zu bekommen. Reiner Personalkredit wird ihm bei der heute gewiß gebotenen Vorsicht so leicht nicht oder nicht ge-

nügend eingeräumt werden, seine in vielen Fällen äußerst wertvollen Maschinen und Gerätschaften aber kann er ja nach dem Willen des Gesetzes ohne die in der Praxis völlig unmögliche Besitzentäußerung nicht verpfänden. Soll er, der die begründetste Aussicht hat, sich in kurzem von seiner augenblicklichen Geldnot zu erholen, mit der ihn allein bleibenden Konkurseröffnung in seiner wirtschaftlichen Existenz zugrunde gehen?

Für derartige Fälle, so erhellt wohl aus diesen Ausführungen, enthält eben das Faustpfandprinzip in seiner strikten Durchführung eine unbillige Härte. Daher brauchen wir uns nicht zu wundern, daß alsbald nach dem Verbot der Mobiliarhypothek, also lange schon vor der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der Verkehr Mittel und Wege suchte, dem Bedürfnis nach realer Sicherheitsleistung durch Fahrnis ohne Besitzaufgabe abzuhelfen. War durch das Gesetz der gerade und natürliche Weg der Pfandbestellung, bei dem allein sich der rechtliche und wirtschaftliche Inhalt decken, einem versperrt worden, so hieß es eben auf einem Umweg zum erstrebten wirtschaftlichen Ziele zu gelangen. So kam es, daß man jetzt angesichts der Mängel des geltenden Pfandrechts den gleichen Gedanken für seine Zwecke verwertete, wie damals in Rom, als es überhaupt noch kein Pfandrecht gab, nämlich ein Rechtsgebilde zu benutzen, das eigentlich ganz andere Ziele verfolgt. Dieses Institut war das Eigentum, das man nunmehr gemäß der römischen fiducia dem Gläubiger

zur Sicherstellung für seine Forderung übertrug, während es bislang seinem Wesen nach lediglich zur unmittelbaren Befriedigung eines wirtschaftlichen Bedürfnisses oder zu Umsatzzwecken diente. Auf diese Weise nämlich ist es auch nach heutigem Recht möglich, sich des beim Pfandrecht verbotenen constitutum possessorium [1]) zu bedienen, also den Schuldner in dem Besitz der veräußerten Gegenstände zu belassen, indem man sie ihm vermietet oder sonst eine geeignete rechtliche Grundlage für seinen nunmehrigen Fremdbesitz schafft.

Dabei ist man allerdings genötigt, dem Gläubiger durch die Verschaffung des Eigentums, d. h. des umfassendsten, jede Einwirkungsmöglichkeit gewährenden Rechtes an der Sache eine viel weitergehende Macht einzuräumen als durch bloße Pfandrechtsbestellung. Andererseits ist man aber doch imstande, den bloßen Sicherungszweck des Veräußerungszweckes rechtlich zur Geltung zu bringen, indem man entweder dem Gläubiger zur Rückübertragung nach Schuldtilgung verpflichtet oder ihm überhaupt nur ein aufschiebend bezw. auflösend bedingtes Eigentum einräumt. Erstere rein obligatorische Sicherstellung des Schuldners war der vom römischen Recht eingeschlagene Weg, der dem Schuldner in der

[1]) Wir sind uns wohl bewußt, daß das römische const. poss. und die Eigentumsübertragungsform des § 930 BGB. insofern nicht identisch sind, als der heutige Besitzmittler in Rom ein bloßer Detentor war, verwenden aber der Kürze halber hier und an anderen Stellen die altüberkommene Ausdrucksweise.

actio fiduciae die entsprechende Klage auf Schadensersatz bei Verletzung des Treuverhältnisses gewährte. Ebenso ist auch heute die bloße Verpflichtungsübernahme des Gläubigers die in der Praxis fast durchweg herrschende Form, so daß wir auch nur sie unserer Betrachtung zugrunde legen werden und bloß an dieser Stelle kurz auf die Verschiedenheiten eingehen wollen, die die Einräumung eines lediglich bedingten Rechtes an den Gläubiger mit sich bringen.

Suspensiv- wie Resolutivbedingung haben beide für den Schuldner den großen Vorteil, daß sie seine wegen der Natur des obligatorischen Rechtes notwendigerweise unsichere Lage durch die Gewährung einer dinglichen Rechtsstellung außerordentlich verbessern. Während im anderen Falle jeder Dritte ohne Rücksicht auf seinen guten oder schlechten Glauben die dem Gläubiger übereigneten Sachen von diesem erwerben kann und der Schuldner dann lediglich auf seinen persönlichen Schadensersatzanspruch angewiesen ist, hat er nunmehr nach § 161 BGB. ein festes Recht an den Sachen selbst, das nur im Falle eines gutgläubigen Erwerbes zunichte gemacht werden kann. Daß trotzdem die rein obligatorische Rechtsstellung des Schuldners in der Praxis so durchaus überwiegt, dürfte, worauf Salinger[1]) hinweist, sich zum guten Teil daraus erklären lassen, daß die Sicherungsübereignung ja gerade dann gewählt wird, wenn man den Schuldner im Besitz der Sachen

[1]) a. a. O. S. 424.

belassen will, und ihm daher durch § 986 Abs. 2 BGB. die Möglichkeit gegeben ist, alle Einwendungen gegen den früheren Eigentümer auch dem neuen entgegenzusetzen.

Nachdem wir so zwei Arten der Sicherungsübereignung in bezug auf die Rechtslage des Schuldners kennen gelernt haben, wollen wir uns im folgenden mit einer weiteren Einteilung nach der Form des gewählten Veräußerungsvertrages befassen. Man unterscheidet nämlich zwischen der sogen. konkreten und abstrakten Sicherungsübereignung, zwei Unterarten, die im Gegensatz zu den oben behandelten weniger praktischen Gesichtspunkten ihr Dasein verdanken, als den Anforderungen der gerade geltenden Gesetze. Darin ist auch der Grund zu finden, warum heute die abstrakte Sicherungsübereignung die unbedingte Vorherrschaft mehr und mehr einnimmt. Während nämlich vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch der abstrakte Charakter der Verfügungen noch nicht so streng durchgeführt war und man vielfach deshalb ein gültiges Kausalgeschäft als unerläßliche Vorbedingung ansah für die Rechtswirksamkeit der dinglichen Eigentumsübertragung, ist heute dieser Standpunkt von Wissenschaft und Praxis aufgegeben. Demgemäß hat es auch keinen Sinn mehr, die alte konkrete Veräußerungsform des sogen. Sicherungskaufes noch weiter beizubehalten. Hat man doch gewiß von jeher nur gezwungen und ungern zu dem so unnatürlichen Mittel gegriffen, daß der Gläubiger

die Sicherungsobjekte kaufte und sie gleichzeitig unter Vereinbarung eines Rückkaufsrechtes bezw. einer Rückkaufspflicht dem Schuldner vermietete oder in einer sonstigen Rechtsform in dessen unmittelbaren Besitze beließ. Hierzu kamen schwere juristische Bedenken, die der Gültigkeit dieser Konstruktion im Wege standen, auf die wir aber nicht näher einzugehen brauchen, da, selbst wenn man höchst unnötigerweise heute diese alte Form wählt, nach dem oben Ausgeführten die beabsichtigte Sicherungsübereignung auch bei Ungültigkeit der Kaufberedungen doch als abstrakte Eigentumsübertragung aufrechtzuerhalten wäre.[1])

II. Die rechtliche Zulässigkeit der Sicherungsübereignung.

Wir wenden uns nunmehr der Frage der Gültigkeit der Sicherungsübereignung zu. Eine ausdrückliche Regelung, so sahen wir bereits, hat sie im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht gefunden, sondern ist darin nur einmal, nämlich im § 223 Abs. 2, beiläufig erwähnt. Gerade umgekehrt stellten wir fest, daß sie ihr häufiges Vorkommen dem Umstande verdankt, daß man mittels ihrer einen wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen sucht, der auf dem natürlichen Wege der Pfandbestellung von dem Gesetze verboten ist. Sehr treffend nennt daher

[1]) vgl. u. a. RG. in JurW. 1911 S. 181 Nr. 5.

Salinger[1]) die Sicherungsübereignung ein illegitimes Kind des Verkehrs, da ihm die gesetzliche Vaterschaft fehlt. Darum ist es auch nicht verwunderlich, daß schon aus diesem Gesichtspunkte heraus — ganz abgesehen von möglichen wirtschaftlichen Gefahren, auf die wir erst später eingehen werden — kein Mittel unversucht geblieben ist, diesem rechtlichen Bastard den Garaus zu machen.

Zunächst versuchte man der Sicherungsübereignung dadurch beizukommen, daß man den Vorwurf der Simulation gegen sie erhob, wobei man in der ja in der Tat vorhandenen Diskrepanz zwischen wirtschaftlichem Zweck und rechtlicher Gestaltung den gewünschten wunden Punkt zu finden wähnte. Dabei verkannte man indessen völlig die rechtliche Natur der Sicherungsübereignung als eines fiduziarischen Geschäftes, das seinem ganzen Wesen nach grundverschieden ist von der Simulation. Bei letzterer liegt eine bewußte Abweichung zwischen Wille und Erklärung vor, indem die Parteien wirtschaftlich und — das ist das Entscheidende — auch rechtlich etwas ganz anders im Auge haben, als sie nach außen erkennbar machen. Bei den fiduziarischen Geschäften dagegen ist die gewählte Rechtsform durchaus von den Parteien ernsthaft gewollt, nur wirtschaftlich besteht, wie Regelsberger[2]) richtig ausführt, ein Mißverhältnis zwischen dem erstrebten Zweck und

[1]) a. a. O. S. 409.

[2]) a. a. O. S. 175.

dem angewandten Mittel, indem eine stärkere Rechtsform gewählt wird, als es zur Erzielung des materiellen Erfolges nötig ist. Aber im Gegensatz zur Simulation ist eben diese stärkere Rechtsübertragung wirklich beabsichtigt, und es kann daher höchstens im wirtschaftlichen Sinne von einer Simulation die Rede sein, indem man hier nur eine pfandrechtliche Wirkung, nicht aber eine Einräumung unumschränkter Eigentumsmacht im Auge hat. Mit Recht sagt daher Enneccerus,[1]) nur der könne allgemein die Ernstlichkeit der fiduziarischen Übereignung bestreiten, der zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes auch das Wollen des entsprechenden wirtschaftlichen Erfolges verlangt, was aber doch gewiß nicht unserem Gesetz entspricht.

Da somit das fiduziarische Geschäft in seinem Grundgedanken sich vom simulierten unterscheidet, kann von einer Vermutung der Nichternstlichkeit keinesfalls die Rede sein. Umgekehrt weist alles darauf hin, daß man die gewählte Rechtsform durchaus ernst gemeint hat, und zwar mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen. Oft mögen diese für eine oder für beide Parteien weit unbequemer sein als die, welche die direkt verbotenen Rechtsformen nach sich ziehen würden, aber man nimmt jene Folgen auf sich, weil man auf keine andere Weise als mittels dieses Umweges die beabsichtigten wirtschaftlichen Ziele erreichen kann.[2]) So wollen denn

[1]) a. a. O. § 136 Anm. 9.

[2]) vgl. Hellwig im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 64 S. 375.

auch die Parteien im Zweifel bei der Sicherungsübereignung eine wirkliche Übertragung des Eigentums und nicht nur eine Pfandbestellung. Denn sie, denen es darum zu tun ist, dem Gläubiger Realsicherheit zu gewähren und doch den Schuldner in Besitz der Sicherheitsobjekte zu belassen, wissen ja ganz genau, daß eine Pfandbestellung wegen § 1205 BGB. auf diese Art und Weise unmöglich ist. Gerade weil sie sich dieser Tatsache bewußt sind, greifen sie zu der stärkeren Rechtsform der Sicherungsübereignung, indem sie lieber hier die eventuellen unliebsamen Folgen der Eigentumsübertragung auf sich nehmen, als sich der Gefahr aussetzen wollen, daß der vor allem dem Schuldner materiell gewiß willkommenere Pfändungsvertrag für nichtig erklärt wird. Nach alledem erscheint es selbstverständlich, daß man auf die Dauer gegen die Sicherungsverträge nicht damit erfolgreich ankämpfen konnte, daß man sie einfach ihrem ganzen Wesen und Zweck nach für simuliert erklärte, während offenbar das Umgekehrte der Fall ist. So hat denn auch, um eine neuere Entscheidung herauszugreifen,[1]) das Reichsgericht in einem Urteil v. 20. 1. 1910 klipp und klar ausgeführt, wenn nicht besondere Umstände dagegen sprächen, könne eine natürliche Betrachtung der Dinge nur zu dem Ergebnis führen, daß die Sicherungsübereignung ernstlich sei.

Richtig ist in dieser Entscheidung nicht nur die Verwerfung der Scheinnatur für die Regel der Fälle,

[1]) Im Recht 1910 S. 1063.

sondern auch der Hinweis auf die Möglichkeit einer Ausnahme im Einzelfalle. Gewiß nämlich ist es denkbar, daß die Parteien auch rechtlich dem Fiduziar lediglich die Rechte eines Pfandgläubigers einräumen wollen, aber unter dem Deckmantel des Eigentums ihre wahre Absicht zu verbergen suchen, da diese ja sonst nach § 117 Abs. 2 in Verb. mit § 1205 die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge haben würde. Nach unseren obigen Ausführungen spricht indessen die Vermutung nicht für, sondern gegen die Annahme einer Simulation, und nur die besonderen Umstände des Einzelfalles können diese Vermutung entkräften und ins Gegenteil verkehren. Wir haben es demgemäß hier mit einer reinen Tatfrage zu tun, die sich stets nur auf Grund einer eingehenden Betrachtung des betreffenden Vertrages in seinen Einzelbestimmungen wie vor allem auch in den für die Erkennung der Parteiansichten noch maßgebenderen Gesamteindruck beantworten lassen wird. Welche Gesichtspunkte dabei im einzelnen einen Anhaltspunkt zu bieten vermögen, wollen wir des näheren erst bei der Behandlung unserer Spezialfrage, der Sicherungsübereignung von Warenlagern, ins Auge fassen.

Haben wir somit festgestellt, daß die bei den Sicherungsverträgen bestehende Diskrepanz zwischen materiellem Zweck und rechtlichem Mittel die Annahme der Nichternstlichkeit in der Regel nicht zu rechtfertigen vermag, so legt doch dieses Mißverhältnis zwischen wirtschaftlichem und rechtlichem Inhalt den

Gedanken nahe, daß das Streben, ein vom Gesetz offenbar verpöntes Ziel auf einem Umweg zu erreichen, eine unzulässige Gesetzesumgehung darstellt und so zur Nichtigkeit der Verträge führt. Dieser Vorwurf wurde denn auch vielfach gegen die Sicherungsübereignungen erhoben, indem man behauptete, in dem Ausschluß des const. poss. bei der Verpfändung von Mobilien sei der gesetzgeberische Wille zum klaren Ausdruck gebracht, überhaupt jede Sicherstellung einer Forderung mittels Fahrnis ohne Besitzaufgabe des Verpfänders zu verbieten. Damit hat man dem Gesetz die Absicht unterschoben, ein gewisses wirtschaftliches Resultat gänzlich ausschließen zu wollen. So nämlich kennzeichnet Hellwig,[1]) indem er zwei Arten von Verbotsgesetzen unterscheidet, diejenige, die sich gegen den materiellen Inhalt eines Rechtsgeschäftes richtet. In Gegensatz hierzu stellt er diejenige Gesetzesbestimmung ebenfalls verbietenden Charakters, die nur einen bestimmt bezeichneten Weg verlegen will, auf dem ein gewisser wirtschaftlicher Erfolg zu erreichen wäre, ohne daß es in ihrer Absicht läge, das Herbeiführen dieses Erfolges überhaupt zu verhindern.

Beide Fälle belegt Hellwig mit sehr treffenden Digestenbeispielen, die wir der Klarheit halber ebenfalls kurz hier wiedergeben wollen. Der letztgenannten Art entspräche das Verbot der Übertragung des Nießbrauchrechtes, dem nicht die weittragende Bedeutung

[1]) a. a. O. S. 371.

beizumessen sei, daß auch die im wirtschaftlichen Effekt gleiche Übertragung des Rechtes auf Ausübung des Nießbrauches verboten wäre. Unter Fall I dagegen gehöre unter anderem das S. C. Velleianum. Hierdurch werde nämlich nicht nur die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit durch eine Frau für ungültig erklärt, sondern man habe das Gesetz auch dann angewandt, wenn die Frau von vornherein sich das Geld selbst geben ließ, um es dann dem eigentlichen Empfänger zukommen zu lassen, da eben der materielle Erfolg in jeder Erscheinungsform getroffen werden sollte.

Den beiden hier nicht näher gekennzeichneten Arten von Verbotsgesetzen stehen endlich die große Masse derjenigen gesetzlichen Bestimmungen gegenüber, die überhaupt kein Verbot enthalten und am besten einfach als Gebotsnormen bezeichnet werden.

Es liegt auf der Hand, daß es zumal infolge des in dieser Hinsicht regelmäßig unbestimmten Wortlauts reine Auslegungsfrage ist, welcher der drei Kategorien man die einzelnen Rechtssätze zuzuteilen hat. Wie sehr aber gerade bei derartigen Auslegungen offenbar der Wunsch der Vater des Gedankens ist, dafür kann es wohl kaum ein besseres Beispiel geben als die Tatsache, daß wir den uns hier vor allem interessierenden § 1205 BGB. in Wissenschaft und Praxis unter jede der drei sich naturgemäß gegenseitig ausschließenden Kategorien eingereiht finden. Auf welcher Seite hier indessen wirklich stichhaltige Gründe zu finden sind,

wollen wir im folgenden untersuchen, wobei wir uns die Prüfung insofern wesentlich vereinfachen können, als wir von einer Unterscheidung zwischen Gebotsnormen und Verbotsgesetzen in engerem Sinne, also gemäß unserem Nießbrauchsbeispiel, absehen. Kommt es uns doch hier nicht auf eine eingehende theoretische Untersuchung dieser Einzelfrage an, sondern allein auf das praktische Ergebnis, ob jede andere Art der Realsicherstellung durch Mobilien als auf dem Wege der Pfandbestellung gehindert werden sollte. Denn nur gegenüber den Verbotsgesetzen im weiteren Sinne, die auf die Unterbindung eines bestimmten wirtschaftlichen Erfolges überhaupt hinzielen, kann naturgemäß eine Umgehung in Frage kommen.

Sehen wir zunächst, ob nicht doch der Wortlaut des Gesetzes uns einen gewissen Anhalt zu gewähren vermag.

§ 1205 Abs. 1 lautet:

„Zur Bestellung des Pfandrechts ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt und beide darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll".

Ein ausdrückliches Verbot einer anderweitigen, nichtpfandrechtlichen Sicherstellung des Gläubigers mittels const. poss. kann hierin nicht erblickt werden. Indessen kann uns nach unseren obigen Ausführungen dies allein als Beweismittel nicht genügen, zumal es rein technisch schwierig, wenn nicht unmöglich ist, aller auf ein wirt-

schaftliches Ziel hinführender juristischer Wege in einer Gesetzesbestimmung zu gedenken.

Wir müssen daher noch weitere Auslegungsarten, nämlich die Vor- und Entstehungsgeschichte des Paragraphen sowie den damit verfolgten Zweck zu Rate ziehen. Bei unserer Betrachtung der Entwicklung des Pfandrechts haben wir bereits die allmählich überall siegreiche und auch vom Bürgerlichen Gesetzbuch übernommene Tendenz festgestellt, die Mißstände, die die römische Mobiliarhypothek mit sich brachte, zu beseitigen Ist aber, so müssen wir uns fragen, diese Absicht so zur Durchführung gelangt, daß man offensichtlich auch jeden zum verpönten Ziel hinziehenden Umweg ein für allemal versperrte? Von einem konsequenten Gesetzgeber wäre das allerdings zu mutmaßen. Indessen hat man gerade in bezug auf die als vielbegangenen Seitenpfad bekannte Sicherungsübereignung bewußt das ursprünglich im Auge gehabte wirtschaftliche Ziel fallen gelassen. Daß dieses der Fall war und man nicht etwa nur unbewußt den erstrebten materiellen Erfolg nicht hinreichend klar zum Ausdruck brachte, dafür liefern uns die Gesetzgebungsmaterialien deutlichen Beweis. Denn laut den Protokollen[1]) verwarf man den die Sicherungsübereignung zu vernichtenten bestimmten Antrag, das const. poss. dann zu verbieten, „wenn die Umstände ergeben, daß durch die Veräußerung dem Er-

[1]) S. 196, 200, 201.

werber Sicherheit wegen einer Forderung verschafft werden soll".

Man ließ also bewußt diesen Weg zur Umgehung des Verbotes der Mobiliarhypothek offen, aber man tat dies, wie wir aus folgendem sehen werden, nicht ohne Gründe dafür ins Feld zu führen.

Erstens war man sich bewußt, durch die Annahme des obigen Antrags gegen die zum Fundamentalgrundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs erhobene Unabhängigkeit der Eigentumsübertragung von ihrem Rechtsgrund zu verstoßen, zu welch tief einschneidender Ausnahme man das Bedürfnis als nicht groß genug ansah.

Zweitens hielt man eine Ausdehnung des § 1205 auf die Sicherungsübereignung deshalb für unnötig, weil nur die Mobiliarhypothek, nicht aber die fiduziarische Übereignung Raum biete für die Einräumung konkurrierender Gläubigerrechte. Dieser Grund erscheint uns allerdings insofern als falsch, als der ja bei der Sicherungsübereignung im unmittelbaren Besitz der Sache verbleibende Schuldner sehr wohl in der Lage ist, diese noch einem weiteren Gläubiger sicherungshalber zu übereignen, indem eben sich die Sicherungsübereignung ebenso im stillen zu vollziehen pflegt wie die Einräumung der Mobiliarhypothen im römischen Recht. Indessen findet Rothschild[1]) einen die Gefahr mehrfacher Sicherungsübereignung verringernden Umstand in dem

[1]) a. a. O. S. 31.

hier im Gegensatz zur mehrfachen Verpfändung vorhandenen strafrechtlichen Schutz und sieht hierin einen ausreichenden Grund für eine verschiedene Behandlung im Gesetz. Theoretisch ist dem wohl beizustimmen, für die Praxis möchten wir aber doch darauf hinweisen, daß man keineswegs einmütig durch eine derartige zweimalige Veräußerung den Tatbestand der Unterschlagung als erfüllt ansieht, wenigstens dann nicht, wenn nicht nur die Absicht, sondern auch die begründete Aussicht rechtzeitiger Wiedereinlösung besteht.[1])

Als äußerst beachtenswert und stichhaltig erscheint uns hingegen der dritte in den Protokollen angeführte Grund, daß insofern die befürchtete Täuschung der Kreditgeber nicht vorliege, als diese überhaupt nicht berechtigt seien, sich auf das Eigentum der im Schuldnerbesitz befindlichen Sachen zu verlassen. Hiermit ist unseres Erachtens ein Kernpunkt der ganzen Frage gefunden, zumal diese zur Irreführung der Kreditgeber so sehr geeignete Diskrepanz zwischen Besitz und Eigentum ja auch Motiv und Inhalt aller Angriffe der Gegner der fiduziarischen Übereignung bildet. Wollte man in dieser Hinsicht reinen Tisch machen und jede Täuschungsgefahr beseitigen, dann wäre das Verbot der Sicherungsübereignung nur ein kleines, die Wurzel des Übels unberührt lassendes Heilmittel, das in seiner Wirkung nur ebenso unbedeutend sein könnte als die Zahl der

[1]) vgl. v. Liszt S. 436.

Sicherungsübereignungen im Verhältnis zu der Unmenge anderer Fälle, wo der nach außen in Erscheinung tretende Gewahrsam einer Person an einer Sache keineswegs gleichbedeutend ist mit deren Eigentum daran. Würde es aber je auch dem fanatischsten Gegner der Sicherungsübereignung etwa einfallen, jeden unmittelbaren Besitz ohne Eigentum verbieten zu wollen? Würde er der konsequenten Durchführung des Vertrauensschutzes zuliebe Miete, Leihe, Verwahrung, Kauf unter Eigentumsvorbehalt und was alles unserer eingewurzeltsten und unentbehrlichsten Rechtsinstitute hierher gehört, aus der Welt zu schaffen wagen?

Eine Antwort auf diese Frage erübrigt sich. Dagegen erscheint gerade dieser letztbehandelte Grund geeignet, das Vorgehen des Gesetzgebers doch so unberechtigt oder gar sinnlos nicht zu finden, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag. Denn nur dem, der außen steht und bloß Kritik zu üben braucht, erscheinen Programme und Prinzipien als der Weisheit höchster Schluß. Wer aber mitten im Gefechte steht, wer selbst die Verantwortung zu tragen hat, der weiß, daß er auf diesem Wege nicht immer zum Ziele gelangt, und gerade der Gesetzgeber muß vorsichtig wie keiner sonst zuwege gehen und muß sich oft — und selbst das ist nicht ohne Bedenken — damit begnügen, zwar seine Abneigung gegen gewisse Rechtsgeschäfte zum Ausdruck zu bringen, ohne sie jedoch seinem innersten Wunsch gemäß mit Stumpf und Stiel auszurotten. Ähnlich ging

es auch offenbar den Verfassern des Bürgerlichen Gesetzbuches mit der Sicherungsübereignung. Zeigt doch § 1205 deutlich das von ihnen verfolgte Ziel, während andererseits die bereits erwähnten und noch zu erwähnenden Gegenerwägungen beredtes Zeugnis ablegen, warum man sich damit begnügte, das const. poss. nur bei der Verpfändung unmöglich zu machen, ohne auch den wirtschaftlichen Effekt solcher Verträge in jeder Form seiner Erreichbarkeit der Nichtigkeit preiszugeben.

Von den weiteren das Verhalten des Gesetzgebers begründenden Gesichtspunkten sei aus den Protokollen (S. 201) die Rücksicht auf das Kreditbedürfnis kleiner Leute an dieser Stelle nur erwähnt, da wir uns hiermit bei der Betrachtung der wirtschaftlichen Bedeutung der Sicherungsübereignung befassen werden.

Im übrigen brauchen wir höchstens darauf noch kurz einzugehen, daß man sich sagte, die Sicherungsübereignung mittels const. poss. könne ja einfach auch bei ausdrücklichem Verbot durch tatsächliche Übergabe und sofortige Rückgabe umgangen werden. Diese Befürchtung brauchen wir allerdings nach unseren obigen Ausführungen nicht zu teilen, da dann eben eine offenbare Umgehung eines gegen ein bestimmtes wirtschaftliches Ziel gerichteten Verbotsgesetzes vorläge und demgemäß das vorgenommene Rechtsgeschäft unwirksam wäre.

Haben wir somit im § 1205 kein Hindernis für die

Zulässigkeit der Sicherungsübereignung gefunden, so wollen wir doch den Gegnern, die, sich auf die rechtliche Bedeutungslosigkeit der Gesetzesmaterialien versteifend, eine entgegengesetzte Auslegung von § 1205 immer noch rechtfertigen zu können glauben, weiterhin entgegenhalten, daß § 223 Abs. 2 BGB. die Sicherungsübereignung wenn auch nur beiläufig, so doch ausdrücklich erwähnt und somit anerkennt. Die betreffende Stelle lautet:

„Ist zur Sicherung des Anspruches ein Recht übertragen worden, so kann die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des Anspruches gefordert werden".

Zwar meint Höniger,[1]) unter „Recht" sei hier das Eigentum nicht mitverstanden und infolgedessen allein die Sekuritätszession vom Gesetz als zugelassen zu betrachten, nicht aber die Sicherungsübereignung. Diese seine Ansicht stützt er indessen lediglich auf die Ausdrucksweise im Vergleich zu anderen Gesetzesstellen, d. h. er gibt seiner Anschauung nach unseren obigen Ausführungen über den geringen Wert der reinen Wortinterpretation eine sehr wenig überzeugende Begründung, der offensichtlich seine unbedingte Gegnerschaft gegenüber jeder Sicherungsübereignung auf dem Gesichte steht. Auch hat er unseres Wissens bei dieser restriktiven Auslegung von § 223 Abs. 2 keine Genossen aufzuweisen, während die große Masse der Autoren seine

[1]) a. a. O. S. 39/40.

Bedenken keineswegs teilt, sondern umgekehrt gleich uns § 223 Abs. 2 als direkten Beweis für die Gültigkeit der Sicherungsübereignung anführt.[1])

Der letzte Grund endlich, mit dem man der fiduziarischen Übereignung beizukommen suchte, ist das im § 1229 BGB. enthaltene Verbot der Verfallklausel, d. h. der alten römischen lex commissoria, wonach eine vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem nicht rechtzeitig befriedigten Pfandgläubiger das Eigentum an der Sache zufallen soll, nichtig ist.

Bezüglich der Frage, ob die Sicherungsübereignung von diesem Verbotsgesetz getroffen werde, hebt Kanter[2]) mit Recht hervor, daß zwei Unterfragen hier scharf zu scheiden sind, nämlich

1. ob hierdurch die Sicherungsübereignung überhaupt für unzulässig erklärt sei, und

2. ob, die Verneinung der ersten Frage vorausgesetzt, § 1229 nur verhindere, daß die Parteien vereinbaren, im Falle der Nichtzahlung der Schuld solle das Eigentum der Sache endgültig dem Fiduziar zufallen, ohne daß derselbe eine etwaige Differenz zwischen

---

[1]) vgl. u. a. Staub II zu § 368 Anm. 94; Düringer-Hachenburg a. a. O. Vorbem. zu § 368, Anm. 124; Salinger S. 422/23; Enneccerus Bd. 2 § 139, 2 und RG. Bd. 57 S. 177 u. a. m.

[2]) a. a. O. S. 22.

Schuld und Sachwert dem Fiduzianten zu vergüten brauche.

Was die erste Frage betrifft, so ist zunächst davon auszugehen, daß § 1229 eine rein pfandrechtliche Norm darstellt, also die Sicherungsübereignung nicht berühren kann, da diese ja rechtlich etwas ganz anderes darstellt und von uns überhaupt nur wegen ihres juristisch vom Pfandrecht grundverschiedenen Charakters für gültig erklärt werden konnte. Aber selbst wenn man wegen der wirtschaftlichen Ähnlichkeit beide grundsätzlich gleichstellen wollte, wäre doch gerade das Verbot der Verfallklausel auf die Sicherungsübereignung nicht anwendbar. Denn § 1229 untersagt, daß vor der Verkaufsberechtigung vereinbart werde, dem Gläubiger solle bei nicht rechtzeitiger Befriedigung das Eigentum an der Pfandsache zufallen; bei der Sicherungsübereignung fällt aber von vornherein inhaltlich und zeitlich sowie von der Fälligkeit der Schuld ganz unabhängig die Eigentumsübertragung und die Bestellung der Sicherheit zusammen, indem eben die Sicherheitsleistung gerade in der Eigentumsübertragung besteht. Es liegt also hiernach ein ganz anderer Tatbestand vor als der, von dem § 1229 ausgeht, und folglich kann auch nicht die Rede davon sein, daß § 1229 die Sicherungsübereignung schlechthin verbietet.[1])

Unsere erste Unterfrage ist somit zu verneinen, die zweite kann aber an dieser Stelle nicht Gegenstand

[1]) vgl. Salinger a. a. O. S. 430.

unserer Betrachtung sein, handelt es sich doch hier lediglich um die Frage der Gültigkeit der Sicherungsübereignung überhaupt, nicht aber der Art und Weise ihrer Ausgestaltung im einzelnen.

Zu all den von uns bisher aufgezählten Gründen, auf die wir die Gültigkeit der Sicherungsübereignung stützten, kommt endlich ein letzter, nicht gleich dem anderen dem positiven gesetzten Rechte entnommener hinzu, der aber in seiner Gewichtigkeit stärker ist als sie alle, da er allein selbst Rechtssätze von unbestrittener Gültigkeit zu Falle und umgekehrt Verbotenes zur Geltung zu bringen vermag. Es ist dies der Umstand, daß die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung offenbar bereits als Gewohnheitsrecht angesprochen werden kann, denn alle Erfordernisse[1]) hierfür scheinen uns gegeben zu sein, nämlich eine gleichförmige, dauernde und allgemeine auf der sogen. opinio necessitatis beruhende Übung, wie sie in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, also des in erster Linie hierzu geeigneten Faktors, zum Ausdruck gekommen ist.[2]) Diese Entwicklung begann bereits lange vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs, d. h. also zu einer Zeit, wo die geltenden Partikularrechte bei weitem nicht in dem Maße wie

---

[1]) Nach Enneccerus Bd. 1 zu § 36.

[2]) RG. Bd. 13 S. 200, Bd. 26 S. 140, Bd. 57 S. 175, Bd. 62 S. 126; JurW. 1904 S. 6 Nr. 3 u. S. 197 Nr. 6; Gruchot Bd. 37 S. 128 u. a. m.

unser heutiges Recht in sich selbst stichhaltige Gründe für die Zulässigkeit der fiduziarischen Geschäfte enthielten. Bis in die neueste Zeit ist dann ununterbrochen der eingenommene Standpunkt beibehalten worden, indem abweichende Entscheidungen sich stets auf Bedenken hinsichtlich des ernsthaften Parteiwillens und der praktischen Ausgestaltung des Einzelfalles gründeten, die prinzipielle Zulässigkeit derartiger Verträge aber unberührt ließen.

Diese Voraussetzungen der Gültigkeit des Einzelvertrages, an deren Nichterfüllung nach unseren obigen Ausführungen oft das ganze Gebäude in sich zusammenstürzte, sollen in ihren Grundzügen an dieser Stelle kurz von uns zusammengefaßt werden. Zwei Erfordernisse erscheinen uns hier als grundlegend, die Ernstlichkeit des Eigentumsübertragungswillens und die in der Regel sich in der Form des const. poss. abspielende Übergabe der betreffenden Sache, die demgemäß den Anforderungen von § 868 BGB. zu genügen hat. Letztere Bedingung ist indessen bei Einzelsachen vor allem durch Vereinbarung eines Miet- oder Leiheverhältnisses ohne größere Schwierigkeiten erfüllbar, so daß der bloße Hinweis darauf hier genügen möge, während eine eingehende Behandlung der hier aufgeworfenen Fragen für uns nur hinsichtlich der Sicherungsübereignung eines Warenlagers von Interesse ist und daher auch erst in diesem Zusammenhang behandelt werden wird.

III. Die wirtschaftliche Notwendigkeit der Sicherungsübereignung.

Ist hiernach die Sicherungsübereignung von uns als nach der juristischen Seite hin grundsätzlich einwandfrei befunden worden, so heißt es dieses Rechtsinstitut nunmehr auch nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu betrachten, um zu prüfen, ob wir mit unserem Standpunkt, wie mehrfach die Gegner behaupten, in der Tat nur den Schiebungen schlimmster Art Tür und Tor öffnen, oder ob umgekehrt der von uns normierten juristischen Gültigkeit auch die wirtschaftliche Berechtigung der Sicherungsverträge entspricht.

Unsere Ausführungen über die Gründe für die auffällige Bedeutung der Sicherungsübereignung im praktischen Leben unserer Tage haben uns bereits Veranlassung gegeben, auf Fälle hinzuweisen, wo offensichtlich ein wirkliches und durchaus berechtigtes Bedürfnis für eine Form des Realkredits vorhanden ist, die dem Schuldner nicht wie die Verpfändung den Besitz der Mobilien entzieht, wo also die Sicherungsübereignung wenigstens bei der heutigen Gesetzesgestaltung den gegebenen Ausweg darstellt. Auch darauf haben wir bereits hingewiesen, daß das Prinzip der Publizität der Pfandrechte in seinen Konsequenzen insofern zweifellos ungerecht wirkt, als es einseitig den Fahrnisbesitzer, d. h. vor allem also dem Gewerbetreibenden die Kreditmöglichkeit und damit seine ganze

wirtschaftliche Existenz erschwert, während der Grundeigentümer aufs leichteste sich Hypothekarkredit zu verschaffen vermag.

Letztere Tatsache hat u. E. nach beiden Seiten hin für die gesamte Volkswirtschaft keine heilsame Wirkung gehabt. Sie hat einmal naturgemäß bewirkt, daß das anlagesuchende Kapital sich dem rechtlich so überaus begünstigten Hypothekenmarkt in stärkerem Maße zuwandte, als es dessen wirtschaftlichem Werte entsprach. Die Folge war, daß selbst ursprünglich in soliden Händen befindliche Grundstücke schließlich derart überlastet waren, daß bei ihrer Zwangsversteigerung die nachstehenden Hypothekengläubiger gänzlich ausfielen. Noch schlimmer aber war es, daß eine von Grund aus ungesunde Bodenspekulation dadurch ihren lange Zeit unversiegbaren Nährboden erhielt. Gänzlich mittellose Unternehmer konnten dank der ihnen nur allzu willig eingeräumten Kredite Grundstückskäufe in größtem Umfange vornehmen und machten dabei auch Jahre hindurch die unverdientesten Gewinne, bis endlich mit der unnatürlichen Preissteigerung die Reaktion eintrat und nicht nur zu großen Verlusten im Einzelfalle, sondern überhaupt zu der heutigen überaus bösen Lage des ganzen Immobilien- und Hypothekenmarktes führten.

Diesem Kreditübermaß auf der einen Seite stand ein vielfach unbefriedigt bleibendes Bedürfnis nach Kredit auf der anderen Seite gegenüber, das vor allem hart auf den Kreisen des Mittelstandes lastete, da ja

seine fast stets nur aus Mobilien bestehende Habe infolge des gesetzlichen Verbotes einer Verpfändung ohne Besitzverlust nur unter großen Schwierigkeiten zur Aufnahme von Geld verwendet werden konnte. Womit man also dort ungesunde und schließlich doch nur zum allgemeinen Schaden ausschlagende Spekulationen finanzierte, das versagte man hier häufig Unternehmungen, die wirtschaftlich unbedingt gesünder und kreditwürdiger waren, aber eben dank unserer Gesetze die für ihren Gewerbebetrieb unentbehrlichen Fahrnisgegenstände nicht verpfänden konnten.

Die Kreditwürdigkeit dieser Kreise wird freilich mehrfach mit der Begründung angezweifelt, ein Unternehmen, das seine Mobilien zur Sicherstellung der Gläubiger verwenden müsse, sei innerlich bereits so hohl und morsch, daß die einzige Wirkung ein unberechtigt hingezogener und um so unheilvollerer Konkurs sein könne. Diese Behauptung scheint uns aber durchaus unrichtig zu sein. Greifen wir zunächst auf den bereits angeführten Fall vorübergehender Geldknappheit eines Unternehmens zurück. Mit der Erklärung, ein sonst gesundes Geschäft bekäme in dieser Lage ohne weiteres reinen Personalkredit eingeräumt, ist wenig geholfen, denn wie schön das auch auf dem Papiere klingt, in der Praxis sieht es damit, wenigstens hinsichtlich des Bankkredites, ganz anders aus, und zwar vor allem und gewiß nicht mit Unrecht in einer Großstadt, wo so leicht niemand mangels eingehender persönlicher Kenntnis ein

derartiges Risiko auf sich nehmen wird. Ebenso muß der von Höniger (S. 45) vorgeschlagene Ausweg eines Moratoriums deshalb als ungangbar zurückgewiesen werden, weil ein derartiges Ansuchen an die Gläubiger den betreffenden Unternehmer aufs schwerste für alle Zukunft in deren Vertrauen schädigen würde.

Vielfach sucht man aber gar nicht nach irgendwelchen Möglichkeiten zu einer Hilfe, sondern erklärt rundweg eine solche für völlig aussichtslos und schädlich. Weist man einer solchen Behauptung gegenüber auf die vielen Fälle hin, wo vielleicht wertvolle Maschinen oder sonstiges kostbares Betriebsinventar vorhanden ist, so tritt allerdings zutage, daß nur eine vorgefaßte Meinung gegen die Sicherungsübereignung diese Worte diktierte, eine Abneigung, die zugestandermaßen weit genug geht, unter Umständen auch ein aussichtsreiches, vielleicht ganz unschuldig von Verlusten betroffenes Unternehmen dem sicheren Untergang zu überlassen.

Aber weiter zu den anderen im Leben häufigeren Fällen, wo der Mittelstand, d. h. also das Gewerbe kleineren Umfangs zur Begründung oder Vergrößerung seines Betriebes kreditbedürftig ist. Die Sicherungsübereignung etwa von neuanzuschaffenden Maschinen oder Inventarstücken oder des sonstigen toten Betriebskapitals wäre hier das einfachste, Schuldner wie Gläubiger gleichmäßig helfende Mittel. Doch auch hiergegen wendet man sich mit aller Schärfe. Aber wie wenig überzeugend ist die Begründung selbst bei Höniger (S. 47—49),

der ja alle erdenklichen Gegenargumente zusammensucht. Drei Punkte sind es, auf die er hinweist, einmal daß in der Praxis, z. B. der Genossenschaften, die Sicherungsübereignung sich keineswegs zu Kreditzwecken eingeführt habe, zweitens daß die Gefahr wucherischer Zinsen dabei naheliege, und drittens daß das ganze Institut überhaupt im Leben nur dazu diene, seinem Gelde nachzulaufen, nicht aber neuen Kredit zu gewähren.

Unterstellen wir ruhig, dem wäre in der Tat so. Ist denn aber die Nicht- oder unrichtige Benutzung eines Mittels ein unbedingter Beweis gegen dessen Güte und kann dies vor allem dann ein Beweis sein, wenn dieses Mittel wie unsere Sicherungsübereignung offenbar ein illegitimes, vom Gesetz mißbilligtes ist? Wäre die Mobiliarhypothek oder wenigstens die Sicherungsübereignung gesetzlich ausdrücklich zugelassen und des näheren geregelt, nicht aber von vornherein mit dem Makel des unehelichen Kindes, wie wir sie bereits an anderer Stelle nannten, behaftet, dann wäre sie naturgemäß weit eher geeignet, von anständigen Kreditinstituten zu gesunden Zwecken benutzt zu werden. So aber kann es uns nicht wundernehmen, daß gerade ungesunde Geschäftsverhältnisse und unreelle Persönlichkeiten sich gerne ihrer bedienen und so die im Grunde zweifellos wirtschaftlich heilsame Sicherungsübereignung nur als „Schiebung“ erscheinen lassen. Daher treffen auch Hönigers Bedenken weniger auf das Rechtsinstitut als solches zu als auf die Gesetzgebung, die

zwar der Verkehrsnotwendigkeit der Sicherungsübereignung sich bewußt war, und daher von einem direkten Verbote Abstand nahm, sie aber doch in ihrer Abneigung dagegen gleichsam von vornherein aus jeder anständigen Gesellschaft zu entfernen trachtete.

Noch ein weiteres grundsätzliches Bedenken führt Höniger[1]) an, nämlich die Überspannung des Kredites überhaupt, indem er hier als Beispiel auf den Immobiliarkredit und die von ihm gezeitigten Gefahren hinweist. Welche Übelstände der letztere bereits mit sich brachte, das haben wir selbst oben ausgeführt, stimmen also hierin dem Autor gewiß bei. Ebenso auch hinsichtlich seiner Warnungen gegenüber jeglichen Kreditübermaß. Gerade aber sein Beispiel der hierdurch auf dem Immobilienmarkt hervorgerufenen Schäden führt uns zu anderen Folgerungen wie ihn. Es wird dadurch veranlaßt, Krediteinschränkungen nicht nur für Immobilien, sondern schlechthin auch für Mobilien zu fordern. Wir halten indessen hier für viele Fälle das Umgekehrte, nämlich eine Kreditausdehnung, für geboten, und zwar mittels der ja gerade von ihm so lebhaft bekämpften Sicherungsübereignung; denn wir vermögen seine Befürchtung, hierdurch die Kreditüberspannung auch auf diesem Gebiete zu fördern, nicht nur nicht zu teilen, sondern umgekehrt glauben wir durch eine richtige Anwendung des Instituts der Sicherungs-

---

[1]) a. a. O. S. 40ff.

übereignung eine Förderung gesunder Kreditgewährung zu erzielen. Denn nicht darin liegt unseres Erachtens das wirtschaftlich Verfehlte, das überhaupt ein Unternehmen sich zu einem guten Teil auf Kredit aufbaut — dann wäre wohl unser ganzes deutsches Wirtschaftsleben innerlich hohl —, sondern allein darin, daß ungesicherter Kredit zu unsicheren Zwecken gewährt wird, also um das krasseste Beispiel zu wählen, Blankokredit zu reinen Spekulationen. Demnach gibt es aber auch nicht etwa eine absolute Kreditüberspannung in dem Sinne, daß man plötzlich einem Unternehmer zurufen müßte: „Bis hierher und nicht weiter", sondern von einem Kreditübermaß ist allein dann zu reden, wenn der wirtschaftliche Wert des Unternehmens den Kredit nicht mehr rechtfertigt. Darum halten wir es für durchaus falsch, wenn Höniger allgemein erklärt, weil auf dem Immobilienmarkt offenbar der Kredit überspannt wurde, solle man ihm nun auch hinsichtlich der gewerblichen Unternehmungen einschränken. Dort wurde allerdings weit mehr Kredit gewährt, als wirtschaftlich angebracht war, hier dagegen ist in vielen Fällen, und zwar vor allem den Kleinbetrieben gegenüber, eine Kreditausdehnung durchaus berechtigt und bitter nötig. Dazu ist aber gerade die Sicherungsübereignung in den Händen reeller Geldgeber und nicht am wenigsten gerade der Genossenschaften das geeignete, Schuldner wie Gläubiger gleicherweise befriedigende Mittel.

Die Ursache nun der bisherigen Mängel der Ver-

teilung des Kredits nach der einen und der anderen Seite ist, wie wir bereits hervorhoben, zum guten Teil ebenfalls in der Gesetzgebung zu suchen, indem sie gleichsam ein Mißverhältnis schuf zwischen rechtlicher und wirtschaftlicher Sicherheit des Kreditgebers. Die fast allzu gute Regelung des Hypothekenwesens verleitete nämlich offenbar dazu, im Vertrauen hierauf mehr Geld dem Immobilienmarkt zuzuwenden, als ihm wirtschaftlich zuträglich war, während die ungenügende rechtliche Regelung des Mobiliarkredits einer wirtschaftlich gesunden Kreditgewährung auf diesem Gebiete im Wege stand und höchstens den Schiebern und Wucherern willkommen war.

Denn letztere konnten sich in der Tat darüber freuen, daß die gesetzgeberische Behandlung der Sicherungsübereignung ihnen die Konkurrenz anständiger Kreditinstitute vom Halse schaffte, und somit die weitaus das Angebot überwiegende Kreditnachfrage ihnen ermöglichte, Zinsen von beliebiger Höhe zu erhalten. Damit ist auch dieser Einwurf Hönigers zurückzuweisen, da er die fiduziarische Übereignung nicht ihrem Wesen nach, sondern nur ihre falsche Anwendung zu treffen vermag.

Nicht mit der Bekämpfung also, sondern umgekehrt mit der Förderung der Sicherungsübereignung, d. h. mit ihrer Erhebung zu einem rechtlich anerkannten Kreditmittel, wäre ein wirtschaftlicher Fortschritt zu erzielen. Dann würde auch der honorige Geldgeber sich gern

ihrer zu anständigen Zwecken bedienen, während umgekehrt dem Mißbrauch eine Regel vorgeschoben würde. Zugute aber käme diese Entwicklung vor allem, wie gesagt, dem Mittelstand, dem heute in seinem wirtschaftlich so ungeheuer wichtigen Kampf gegen die kapitalkräftigen Großbetriebe, gegen die Fabriken und Warenhäuser, nichts erwünschter sein kann als die Schaffung reeller Kreditmöglichkeiten.

Diesen Vorteilen gegenüber müssen u. E. die Bedenken einer eventuellen Gläubigerschädigung verschwinden. Sind denn aber überhaupt die Gefahren infolge der Heimlichkeit der fiduziarischen Übereignung so groß? Nehmen wir selbst an, dem wäre so, so trägt doch die Sicherungsübereignung, wie wir an anderer Stelle schon ausführten, nur relativ geringe Schuld an der für den redlichen Verkehr so gefürchteten Diskrepanz zwischen Besitz und Eigentum. Kommissionsgut und Eigentumsvorbehalt z. B. sind gewiß in dieser Hinsicht nicht minder gefährlich, aber im Leben, wenigstens heute, weit mehr vertreten.

Diesem nun einmal nicht zu beseitigenden Mißstand gegenüber gibt es nur ein Mittel für die Kreditgeber, nämlich vorsichtig zu sein. Man traue nicht dem bloßen Besitz, sondern vergewissere sich des Eigentums. Ist es denn zuviel verlangt von dem Kreditsuchenden, daß er hierüber Auskunft geben soll? Unseres Erachtens kann dies zu mindest von einem nicht ständig mit ihm arbeitenden Kunden nicht nur der Bankier, sondern auch

der Warenlieferant fordern. Darum ist letzterer auch keineswegs im Recht, wenn er die Sicherungsverträge als Quelle unendlichen Schadens für ihn bezeichnet, sondern die wahre Schuld an seinen Verlusten trägt der hier durch die wilde Konkurrenz eingerissene völlige Mangel an Vorsicht, der vielfach so weit führt, daß mancher Kaufmann von keinem Bankier das geringste bare Geld, Waren aber ohne jede Deckung weit über Bedarf und von noch so hohem Werte bekommen kann.

Man wird indessen einwenden, die von dem Kreditsuchenden verlangte Auskunft könne ja falsch sein. Natürlich kann sie das, aber mit Betrug kann weder der Gesetzgeber noch der redliche Verkehr rechnen, und es ist ja auch hiergegen der vorbeugend wirkende Schutz des Strafgesetzes vorhanden. Überhaupt ist ein Mißbrauch einer rechtlichen Einrichtung überall möglich, und schlimm ist es nur, wenn nicht das Gesetz und die Rechtsprechung in diesen Fällen Abhilfe zu schaffen vermögen. Darum soll man aber nicht das Kind mit dem Bade ausschütten, sondern durch vernünftige Gesetzgebung und Rechtsanwendung ein Rechtsinstitut, dessen der Verkehr wie unserer Sicherungsübereignung so dringend bedarf, in seiner wirtschaftlich gesunden Anwendung zu schützen, in seinem Mißbrauch aber zu treffen wissen.

B. Die Sicherungsübereignung von Warenlagern.

I. Wirtschaftliche Bedenken.

Wie sehr wir auch nach unseren bisherigen Ausführungen der Sicherungsübereignung im Prinzip rechtlich wie wirtschaftlich die Stange halten, so sind wir doch nicht blind für ihre Gefahren, und es wird die Behandlung unseres Spezialthemas, dem wir uns nunmehr zuwenden, uns reichlich Gelegenheit geben, auf die gerade hier sich zeigenden Auswüchse wie auch auf die Mittel zu ihrer Bekämpfung hinzuweisen.

Sehen wir uns zunächst nach Gründen um, die dazu berechtigen könnten, die Sicherungsübereignung eines Warenlagers in wirtschaftlicher Beziehung in einem anderen, und zwar ungünstigeren Lichte erscheinen zu lassen als die sonstigen fiduziarischen Sicherstellungen durch Mobilien. Höniger[1]) weist in dieser Hinsicht darauf hin, daß der kaufmännische Kredit sich in der Regel zwar sehr wohl nach dem Werte eines vorhandenen Warenlagers zu bestimmen pflege, nicht aber nach dem sonstigen Inventar. Infolgedessen erscheint ihm die Sicherungsübereignung gerade dieser verkehrsüblichen Kreditgrundlage für die künftigen Gläubiger besonders gefährlich. Darin ist ihm zweifellos recht zu

[1]) a. a. O. S. 1.

geben, aber doch ein entscheidender Unterschied gegen die Übereignung sonstiger Gegenstände nicht zu finden, denn nach unseren früheren Betrachtungen ist es eben falsch, stillschweigend anzunehmen, die im Besitze des Kreditsuchenden befindliche Habe gehöre ihm auch zu eigen. Darauf gibt es keinen selbstverständlichen Verlaß, und zwar in bezug auf ein Warenlager ebensowenig wie bezüglich anderer Gegenstände.

Sehen wir hiernach zwar das Übel nicht wie Höniger in einer für den Gläubiger insofern vergrößerten Gefahr, als der redliche Verkehr damit rechnen dürfe, daß die vorhandenen Waren Eigentum des betreffenden Unternehmens sind, so erscheint uns dieses Verlangen doch im Interesse der gesamten Volkswirtschaft als ein durchaus berechtigtes; denn ein Gewerbebetrieb, dem nicht einmal der vorhandene Warenbestand gehört, entbehrt offenbar jeglicher eigenen Mittel. Das aber erscheint uns mit Ausnahme vielleicht einer augenblicklichen unverschuldeten Notlage als ein zweifellos ungesunder Zustand oder m. a. W. als eine offenbare Kreditüberspannung. Denn es kann unmöglich gut tun, daß ein Unternehmen von vornherein oder auch später für eine nicht ganz kurze und unbedingt absehbare Zeit ganz auf fremden Füßen sich aufbaut, da ohne eigene Mittel der geringste im allgemeinen auf die Dauer ja unausbleibliche Mißerfolg das Unternehmen zusammenbrechen lassen müßte. Darum halten wir jeglichen ausschließlich aus fremder Tasche lebenden Handels- oder

Gewerbebetrieb von Grund aus für eine große Gefahr für unser ganzes Wirtschaftsleben. Es bleibt uns daher auch unverständlich, daß Weißler[1]) es für einen wirtschaftlich gesunden Gedanken ansieht, daß der Sicherheitsübereigner eines Warenlagers zum bloßen Verwalter fremden Gutes geworden ist. Dem Fiduziar gegenüber mag dem so sein, aber gewiß nicht vom allgemeinen Standpunkt aus, da von dieser Warte gesehen ein nach außen selbständiges Unternehmen in Wahrheit völlig abhängig ist und im Falle der geringsten Verluste der ja gedeckte Kreditgeber es ruhig zum Konkurs kommen lassen wird, bei dem alle übrigen Gläubiger das Nachsehen haben. Indessen sägt Weißler gleichsam selbst den Ast ab, auf den er sich gesetzt hat, indem er als Beispiel für die von ihm behauptete wirtschaftliche Berechtigung der Übereignung eines Warenlagers an den Kreditgewährenden die Ansicht des Volksmundes zitiert, die in solchen Fällen zu sagen pflege: „Es gehört ihm kein Stück seines Lagers, kein Ziegel seines Daches". Allerdings hat hier der Volksmund recht, indem er die tatsächliche Lage aufs treffendste schildert, aber gewiß nichts damit, wie Weißler offenbar meint, diesen Zustand als einen wirtschaftlich gesunden bezeichnen will, sondern offensichtlich gerade umgekehrt das Verfehlte und Unsichere dieser Lage kennzeichnet. Das Ergebnis dieser Ausführungen ist demnach die unbedingte Ablehnung der Belastung der ganzen Werte eines Unter-

[1]) a. a. O. S. 555.

nehmens, so daß auch nichts mehr als freies Eigentum verbleibt. Daß aber gerade das Warenlager das letzte sein wird, was der Sicherstellung dienen kann und wird, und daß es schon darum als ein ungeeignetes und gefährliches Objekt für die Sicherungsübereignung erscheinen muß, das geht u. E. daraus hervor, daß der Gläubiger an zum Verkauf bestimmten Gegenständen offenbar die geringste Sicherheit haben und darum jede andere Sache sich lieber übereignen lassen wird, es müßte denn sein, daß er, was wirtschaftlich noch weit bedenklicher ist, sich auch von vornherein alle zukünftig anzuschaffenden Ersatzstücke sicherungshalber zum Eigentum übertragen ließe.

Aber selbst abgesehen davon, daß das Warenlager in der Regel das letzte sein wird, was zu Zwecken der Krediterlangung verwandt werden kann, erscheint es uns auch so seinem ganzen Wesen und seiner Bestimmung nach ungeeignet, als Kreditunterlage zu dienen, denn es ist nicht etwa der bleibende Grundstock eines Unternehmens, sondern umgekehrt gerade das Vergänglichste seiner Werte, das seinen Zweck um so besser erfüllt, je schneller es seiner Bestimmung gemäß dem Geschäfte auf dem Wege des Verkaufs verloren geht. Darum ist es, wenn es sich nicht ausnahmsweise um eine ganz kurzfristige Schuld handelt, für den Kreditgeber völlig zwecklos und auch nicht üblich, sich nur die gerade vorhandenen Waren ohne die künftigen Ersatzstücke übereignen zu lassen. Aber selbst bei der Über-

tragung nur des augenblicklichen Warenbestandes liegt die Gefahr nahe, daß zwar bestenfalls nach Veräußerung der Waren der Erlös gerade hinreicht, den Fiduziar zu befriedigen, aber nichts mehr vorhanden ist für die allgemeinen Spesen, für den persönlichen Gebrauch des Inhabers, und vor allem für die Bezahlung der neu anzuschaffenden Waren. Es muß also gleichsam ein Loch mit einem größeren zugestopft werden und immer so weiter, bis endlich notwendigermaßen das Ende kommt, nun aber auch gewiß ein Ende mit Schrecken für alle, die Bar- oder Warenkredit gewährt haben.

Es liegt eben hier ganz anders als in den von uns geschilderten Fällen, wo der eiserne Bestand eines Geschäftes, wo sein festliegendes Betriebskapital in Form von Maschinen und sonstigem Inventar als Kreditunterlage dienen. Denn die werbenden Anlagewerte, die hier zur Sicherheit übereignet sind, verhelfen einem neuen Betrieb zu wirklicher Leistungsfähigkeit und sind andererseits auch die gegebene Grundlage für die Ausdehnung und Umsatzsteigerung eines bereits bestehenden Unternehmens. Darum gewähren sie auch die feste Aussicht für die Verzinsung und Amortisation der zu ihrer Anschaffung vorgeschossenen Gelder, während im Gegensatz hierzu bei einem Darlehen, das nur durch die vorhandenen Waren gesichert werden kann und dementsprechend wohl auch regelmäßig nur der Bezahlung von Waren und allgemeinen Spesen dient, eine Hoffnung auf ein Aufblühen des Geschäftes nicht nur nicht be-

steht, sondern umgekehrt ein immer Schlimmerwerden der Verschuldung zu befürchten ist.

Ganz gewiß ist aber eine derart traurige Entwicklung dann zu besorgen, wenn, wie im Regelfalle, auch die künftigen Waren schon vor ihrer Anschaffung dem jetzt kreditierenden Gläubiger verschrieben werden. Er selbst dürfte allerdings bei einem einigermaßen normalen Geschäftsbetrieb auf die Dauer geschützt sein, aber nur auf Kosten aller übrigen Gläubiger, und zwar vor allem der Warenlieferanten, die, wenn sie nicht unter Eigentumsvorbehalt verkaufen, statt dem Geschäftsinhaber, mit dem sie kontrahierten, ohne es zu wissen, nur dem hohnlachenden Fiduziar ihre Waren übereignen. Dies aber muß sich fortsetzen wie eine Schraube ohne Ende, da jede begründete Aussicht fehlt, daß der betreffende Unternehmer je so viel Geld aus dem Geschäft herausschlagen kann, um sowohl den alten Schuldner auszuzahlen als auch seine Lieferanten zu befriedigen und die laufenden Ausgaben zu decken. Kurzum, bei der Übereignung des jetzigen und künftigen Warenlagers ist in Wahrheit eigentlich im selben Moment das Unternehmen ohne jede Lebenskraft, so daß in der Tat nur eine Täuschung über seine wahre Lage die Lieferanten zu weiteren Lieferungen veranlassen kann, während umgekehrt auch die volle Kenntnis einer Sicherungsübereignung des werbenden Geschäftskapitals kein Grund für eine Kreditentziehung wäre, da hier, wie oben ausgeführt, das Unternehmen nach wie vor ein durchaus aussichtsreiches bleibt.

II. Rechtliche Schwierigkeiten.

Als Resultat unserer wirtschaftlichen Betrachtungen ergibt sich somit, daß wenn nicht schon die Übereignung des augenblicklichen Warenlagers einer Firma, so doch gewiß die ihrer zukünftigen Anschaffungen als eine durchaus ungesunde Kreditunterlage zu bezeichnen ist. Daher liegt der Wunsch nahe, auch juristisch derartigen Veräußerungen beikommen zu können, also auch hier eine unterschiedliche Behandlung zwischen der gewöhnlichen Sicherungsübereignung und der eines Warenlagers zu ermöglichen.

Zu diesem Behufe ist es zunächst notwendig, das juristische Wesen des Warenlagers uns klarzumachen. Das Bürgerliche Gesetzbuch erwähnt es nur einmal im § 92 Abs. 2 als Beispiel für einen sogen. Sachinbegriff. Daß im übrigen jede weitere gesetzliche Regelung fehlt, ergibt sich folgerichtig daraus, daß eine solche Sachgesamtheit kein juristisches, sondern nur ein wirtschaftliches Gebilde ist, indem die Praxis des Lebens für eine Summe von einzelnen Gegenständen wegen ihres gemeinsamen wirtschaftlichen Zweckes einen Kollektivnamen prägt; rechtlich entsteht hierdurch aber keineswegs ein dieser Sammelbezeichnung entsprechendes besonders juristisches Wesen, das geeignet wäre, ein selbständiger Gegenstand von Rechten zu sein. Letzteres kann nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nach der rich-

tigen und herrschenden Ansicht[1]) nur die Einzelsache, an einer Sachgesamtheit dagegen „die aus einer Vielheit von einzelnen, event. sogar in ihrer Individualität wechselnden körperlichen Objekten besteht", kann es nur eine Summe von Einzelrechten geben, nicht aber darüber hinaus ein einheitliches Recht an dem Sachinbegriff selbst. Daher ist auch an einem Warenlager als bloß gedachtem oder, wie Höniger[2]) es nennt, ideellem Rechtsobjekt niemals die Begründung von Eigentum oder eines beschränkten dinglichen Rechtes möglich, sondern nur an den einzelnen dazugehörigen Gegenständen. Dabei erscheint es allerdings unschädlich,[3]) der Einfachheit halber z. B. bei einer vorzunehmenden Übereignung die Einzelsachen unter dem Namen „Warenlager" zusammenfassen, wenn nur, wie es ja gewöhnlich der Fall sein wird, in den Geschäftsbüchern eine genaue Aufstellung der einzelnen dazugehörigen Gegenstände vorhanden ist, und ferner für jede Einzelsache ein den Erfordernissen des const. poss. genügendes Rechtsverhältnis ausgemacht wird.

Damit sind wir bereits auf die Frage nach den für die Gültigkeit der Sicherungsübereignung eines Warenlagers erforderlichen Rechtsvoraussetzungen gekommen. Diese sind ihrem Wesen nach, wie wir bereits

---

[1]) vgl. u. a. Staudinger Vorbem. 3c zu § 90; Oertmann Vorbem. 2b zu § 90 und Enneccerus Bd 2 S. 114.

[2]) vgl. Höniger S. 55.

[3]) vgl. RG. Bd. 53 S. 220.

an anderer Stelle hervorhoben, naturgemäß die gleichen wie bei der Sicherungsübereignung eines einzelnen Gegenstandes, und nur die konkrete Ausgestaltung des Einzelvertrages ist eine abweichende, wie sich schon aus der eben von uns festgestellten Unmöglichkeit der Begründung eines einheitlichen dinglichen Rechtes an dem Gesamtbegriff „Warenlager" ergibt. Darum haben wir auch die Betrachtung der Erfordernisse einer rechtswirksamen Sicherungsübereignung bis hierher verschoben und uns begnügt, auf die zwei hier in Betracht kommenden Hauptpunkte hinzuweisen, nämlich auf den ernstlichen Eigentumsübertragungswillen der Parteien und die Übergabe der Sache bezw. deren gesetzlichen Surrogate.

Wir betrachten hier zunächst die eventuellen Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bloßen Scheingeschäftes, also für die mangelnde Absicht der Kontrahenten, das Warenlager wirklich zu übereignen und sich übereignen zu lassen. Dabei ist es wohl zweckmäßig, uns kurz nochmals das Ergebnis unserer Betrachtung über den prinzipiellen Unterschied zwischen fiduziarischen und simulierten Geschäften zu vergegenwärtigen. Wir fanden dort als den springenden Punkt, daß bei den fiduziarischen Geschäften zwar ebenfalls das angewandte rechtliche Mittel ein anderes ist als der beabsichtigte wirtschaftliche Zweck, daß aber die Parteien diese stärkere rechtliche Wirkung ernsthaft wollen. Da nun die Kontrahenten gewiß vor allem das

Interesse haben, einen gültigen Vertrag zu schließen, so ist anzunehmen, daß sie beim Abschluß einer Sicherungsübereignung den Eigentumsübergang nicht bloß vorschützen, sondern wirklich eintreten lassen wollen, woraus sich ergibt, daß von einer Vermutung der Nichternstlichkeit gewiß nicht die Rede sein kann und nur Abweichungen im Einzelfalle denkbar sind.

Es handelt sich also hier darum, Gesichtspunkte zu finden, welche die Annahme der Simulation zu rechtfertigen vermögen, wobei aber von vornherein darauf hingewiesen werden muß, daß unsere Ausführungen über diesen Punkt unbedingt zwingend nicht sein können, da es letzten Endes sich um eine reine Tatfrage des Einzelfalles handelt und daher manches, was uns theoretisch als deutlicher Fingerzeig dafür oder dagegen erscheint, dem praktischen Beispiel des Lebens gegenüber notwendig an Bedeutung verlieren muß, indem dort eben der Gesamteindruck mehr als die Einzelbestimmungen eines Vertrages entscheiden wird. Trotzdem erscheint uns aber diese Untersuchung schon darum nicht ohne praktischen Wert, weil die maßgebenden höheren Gerichte gerade auf diese Gesichtspunkte oftmals ihre Entscheidung wesentlich aufbauten und jedenfalls die Frage stets eingehend behandelten, ob nicht etwa nur ein verschleierter Pfandvertrag vorliege. Wir werden daher auch am zweckmäßigsten verfahren, wenn wir die diesbezüglichen richterlichen Erwägungen unseren Betrachtungen zugrunde legen.

In den weiter zurückliegenden Entscheidungen gab vor allem die von den Parteien gewählte Form des Sicherungskaufes zu erheblichen Bedenken Anlaß, bis endlich, wie schon von uns ausgeführt wurde, zumal nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches die richtige Erkenntnis sich durchsetzte, daß es bei dem abstrakten Charakter der Verfügungsakte auf die Gültigkeit des Kausalgeschäftes überhaupt nicht ankommt, also auch dessen Nichternstlichkeit die vorgenommene Eigentumsübertragung unberührt läßt, sofern nur diese ernstlich gewollt ist.[1]) Die natürliche Folge hiervon war, daß die Praxis mehr und mehr zur abstrakten Form der Sicherungsübereignung überging, so daß wir aus letzterem tatsächlichen wie schon aus dem vorerwähnten rechtlichen Grunde der Unerheblichkeit des Grundgeschäftes auf die zahlreichen zu erheblichen Zweifeln an seiner Ernstlichkeit Anlaß gebenden Punkte nicht einzugehen brauchen.

Von den auch die abstrakte Sicherungsübereignung treffenden Bedenken glauben wir im Gegensatz zu der hier zumal früher schwankenden Praxis von vornherein diejenigen unbedingt zurückweisen zu müssen, die aus dem pfandrechtlichen Vertragszweck hergeleitet sind. Dieser kann umgekehrt nach unseren bisherigen Ausführungen über das Wesen der fiduziarischen Ge-

[1]) Besonders deutlich RG. in JurW. 1911 S. 181 Nr. 5 und die noch öfter zu erwähnende Entscheidung in JurW. 1910 S. 390 Nr. 8.

schäfte nur zu dem Schlusse führen, daß die Parteien eine ernstliche Eigentumsübertragung im Auge hatten, da sie naturgemäß vor allem darauf ausgehen, einen rechtsgültigen Sicherungsvertrag zu schließen, und sich wohl bewußt sind, dies nach unserem geltenden Recht eben nur auf dem Wege der Eigentumsübertragung, nicht aber auf dem der Pfandbestellung erreichen zu können.

Ebenso erscheint uns im Hinblick auf § 133 BGB. und auch im Einklang mit mehreren Entscheidungen der reine Wortlaut des Vertrages selbst dann nicht bedenklich, wenn er geradezu den Ausdruck „verpfänden“ [1]) gebraucht, aber in Wahrheit offenbar eine ernstliche Sicherungsübereignung bezweckt. Auf derselben Linie stehen u. E. die Fälle einer ungenauen Bezeichnung der Sicherungsobjekte, so daß mit Recht das Reichsgericht [2]) z. B. an den Worten „sämtlichen Linnen“ keinen Anstoß nahm, da im betreffenden Fall diese Benennung offenbar ausreichte, die einzelnen dazugehörigen Stücke hinreichend zu kennzeichnen.

Weiterhin gab die Natur der übereigneten Gegenstände vielfach zu Zweifeln Anlaß, die ebenfalls u. E. unberechtigt sind. So erscheint es uns sehr wohl begreiflich, daß ein sich in arger Bedrängnis befindlicher Schuldner auch die ihm unentbehrlichen Sachen zur Krediterlangung verwendet, bleibt er ja vorerst in

[1]) RG. in JurW. S. 181 Nr. 5.

[2]) RG. in JurW. 1904 S. 355 Nr. 4.

ihrem Besitz und hat gewiß auch die Hoffnung mit der baldigen Befriedigung des Gläubigers, sie auch als Eigentum zurückzuerlangen.[1]) Ebenso steht es mit verbrauchbaren Gegenständen oder mit solchen, die der Schuldner wie die Teile eines Warenlagers weiterveräußern darf, denn eine Zeitlang wenigstens bieten auch sie dem Gläubiger eine gewisse Sicherheit, die bei Veräußerungsgegenständen sogar insofern in der Regel zu einer dauernden gemacht wird, als auch die Ersatzstücke den Abmachungen gemäß dem Gläubiger übereignet werden müssen. Mag dieses auch nach unseren früheren Ausführungen wirtschaftlich ungeheuer gefährlich sein und mögen große juristische Schwierigkeiten uns später noch hierbei in den Weg treten, so sind das doch gewiß alles keine Argumente für die Annahme eines Scheingeschäftes.

Einige weitere der richterlichen Erwägung in dieser Hinsicht unterliegenden Punkte glauben wir am besten aus der Natur der Sicherungsgeschäfte erklären zu können. So zunächst die mangelnde Verwendbarkeit für den Gläubiger. Wie das Reichsgericht[2]) mehrfach richtig ausführt, kommt es eben bei der Sicherungsübereignung hierauf gar nicht an, sondern deren eigentlichem Zweck gemäß allein auf die Möglichkeit der Weiterveräußerung und die auf diese Weise zu erzielende Befriedigung des Fiduziers. Ebenso läßt es sich u. E.

[1]) Ebenso im Ergebnis RG. in JurW. 1904 S. 355 Nr. 4.

[2]) RG. Bd. 62 S. 126 und in JurW. 1904 S. 355 Nr. 4.

im Gegensatz zu einer Reichsgerichtsentscheidung[1]) durch den Sicherungszweck des Vertrages durchaus erklärlich finden, daß der Erwerber erst bei Zahlungssäumigkeit des Schuldners über die Sachen zum Zwecke seiner Befriedigung verfügen darf. Denn wenn ihm auch sofort mit der Übereignung volles Eigentum und damit die Möglichkeit zu Verfügungen eingeräumt wurde, so läuft doch die sich aus dem fiduziarischen Charakter des Geschäftes ergebende Verpflichtung nebenher, sein Recht nur in den sich hieraus ergebenden Umfange zu gebrauchen. Damit in engstem Zusammenhang stehen zwei weitere Abmachungen, an denen man Anstoß genommen hat, nämlich die Pflicht des Fiduziars, einen etwaigen Übererlös herauszugeben,[2]) und andererseits die Einräumung der Erlaubnis an den Gläubiger, die übereignete Sache bei Säumigkeit des Schuldners an Zahlungsstatt behalten zu dürfen. Gerade aus letzterer Bestimmung geht u. E. deutlich hervor, daß ernstlich Eigentum übertragen werden soll, wenn auch unter der Verpflichtung, bei Zahlung bis zu einem bestimmten Termin dasselbe dem Schuldner zurückzuübereignen.

Weitere den Gerichten verdächtig erscheinende Vereinbarungen lassen sich u. E. unter dem Gesichtspunkt zusammenfassen, daß der Schuldner dafür, daß er den Besitz der Sache behalten darf, gewisse Ver-

[1]) Warneyer Bd. 3 S. 419.

[2]) Bad. Rpr. 1910 S. 177.

pflichtungen auf sich nehmen muß, die sonst zu Lasten des Eigentümers zu gehen pflegen. Zu nennen ist in dieser Beziehung zunächst die Abrede, daß der Schuldner die Kosten der Versicherung weiter zu tragen hat. Weit zweifelhafter erscheint uns die Sache hinsichtlich der Gefahrtragung, denn wenn sie auch zweifellos durch ausdrückliche Bestimmung dem Besitzmittler aufgebürdet werden kann, so entspricht dies doch gewiß keineswegs der Regel, so daß hier eine genaue Nachprüfung erforderlich erscheint, ob auch wirklich das Eigentum auf den Gläubiger übergehen sollte.

Schließlich muß hervorgehoben werden, daß zwar, wie wir sahen, eine der genannten Vereinbarungen für sich allein die Annahme der Simulation selten wird rechtfertigen können, wohl aber diese Annahme berechtigt erscheint, wenn, wie es sehr oft der Fall ist, durch eine Häufung dieser Bestimmungen sich auf der Gläubigerseite nur noch der Schein eines Eigentums ergibt, in Wahrheit aber die mit dem Begriff des Eigentums wesentlich verbundenen Rechte und Pflichten auf seiten des Fiduzianten geblieben sind. In solchen Fällen liegt der Verdacht äußerst nahe, daß die Eigentumsübertragung in der Tat bloß vorgeschützt wurde, um die beabsichtigte Verpfändung zu verschleiern, oder sogar der einzige Zweck der sogen. Übereignung der war, die Gegenstände der Zwangsvollstreckung durch andere Gläubiger zu entziehen, wie dies öfters besonders durch

Übereignung an Verwandte und Freunde versucht worden sein mag.

Wir sind somit am Schlusse dieser Betrachtung wieder auf den Punkt zurückgekommen, den wir der ganzen Untersuchung vorausschickten, daß nämlich in erster Linie das Verhalten der Parteien im allgemeinen und der Gesamteindruck des Vertrags, nicht aber seine Einzelbestimmungen uns den wahren Aufschluß über die Ernsthaftigkeit des geäußerten Eigentumsübertragungswillens zu geben vermögen.

Neben der Ernstlichkeit der Willenserklärung als der ersten Voraussetzung für die Gültigkeit der Sicherungsübereignung bezeichneten wir als zweite Vorbedingung die Übergabe der betreffenden Sachen, die sich zumal bei einem Warenlager, wo der Verbleib des unmittelbaren Besitzes beim Veräußerer das Mitbestimmende für den ganzen Vertrag ist, regelmäßig in der Form des const. poss. vollzieht; geregelt ist diese Veräußerung im § 930 BGB., der folgendermaßen lautet: „Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt".

Es ist hiernach zunächst wie bei jeder Eigentumsübertragung die dingliche Einigung der Vertragschließenden über den Eigentumsübergang notwendig und ferner als Surrogat für die tatsächliche Übergabe

der betreffenden Sache die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses, welches die Rechtfertigung enthält für die doch gewiß auffällige Tatsache, daß der Erwerber die nunmehr ihm gehörige Sache weiterhin im Gewahrsam des Veräußerers beläßt. Darum hat man auch das sogen. abstrakte Konstitut, dessen Zulässigkeit im gemeinen Recht eine berühmte Streitfrage gewesen war, nunmehr durch die Erfordernisse, die § 868 an den mittelbaren Besitz stellt, als nicht genügend für den Eigentumsübergang erklärt, so daß die bloße Vereinbarung, der Veräußerer solle für den Neuerwerber den Besitz ausüben, selbst dann nicht genügt, wenn dieser Besitz laut Parteiabrede zeitlich begrenzt wird.[1])

Es muß also, wie man zu sagen pflegt, ein konkretes oder individualisiertes oder, wie am besten Biermann es nennt, ein ausdrückliches constitutum possessorium vorliegen. Das bedeutet indessen nicht etwa, daß ausdrückliche Vereinbarungen in dieser Beziehung vorliegen müssen, sondern es genügt selbstredend, wenn die Umstände das Vorliegen eines den rechtlichen Ansprüchen genügenden Besitzmittlungsverhältnisses erkennen lassen, kommt es doch, wie wir bereits an anderer Stelle sahen, stets nur auf den Sinn und die tatsächliche Grundlage einer Willenserklärung an und nicht darauf, ob überhaupt bezw. welcher Worte sich die Parteien bedient haben.

---

[1]) RG. Bd. 49 S. 173.

Welches sind nun die Ansprüche, die das Gesetz an einen gültigen Besitzmittlungsvertrag stellt?

§ 868 lautet:

„Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer".

Es fragt sich zunächst, ob einer der hier ausdrücklich aufgezählten Vertragstypen für die Sicherungsübereignung eines Warenlagers in Betracht kommt, wobei wir stets im Auge behalten müssen, daß, da ein Sachinbegriff nach unseren früheren Ausführungen nicht Gegenstand von Rechten sein kann, nicht etwa für den wirtschaftlichen Gesamtbegriff des Warenlagers ein solches Rechtsverhältnis vereinbart werden kann, sondern die sogen. causa detentionis für jede einzelne Ware vorhanden sein muß. Dies kann schon darum nicht genug betont werden, weil gerade die Verkennung oder nicht genügende Beachtung dieser Tatsache überaus häufig den Anlaß gegeben hat zu einer von Grund aus unrichtigen oder wenigstens unklaren Beantwortung der von uns aufgeworfenen Frage.

Kann der einzelne zu einem Warenlager gehörige Gegenstand etwa zu Verwahrungszwecken bei dem Veräußerer verbleiben? Doch wohl gewiß nicht, da der Verwahrungsvertrag seinem Wesen nach den Gebrauch

der Sache durch den Verwahrer ausschließt, um so mehr also den in der Veräußerung liegenden Verbrauch, um den es sich hier handelt. Darum ist auch die von Salinger[1]) vertretene Ansicht unbedingt zu verwerfen, man könne dennoch Verwahrung annehmen, indem man die Veräußerungsbefugnis als reine Hinzufügung betrachtet. Das würde nichts anderes bedeuten, als einem vom Gesetz klar und deutlich umschriebenen Vertragstyp eine Bestimmung hinzufügen zu können, die gerade das unterscheidende Merkmal zwischen diesem und anderen Verträgen bildet. Stellt sich doch eine Verwahrung mit Gebrauchsrecht, je nachdem ob ein Entgelt oder nicht dafür vereinbart ist, als Miete oder Leihe dar, bleibt aber nie und nimmer eine bloße Verwahrung. Da aber schließlich dieser Vorschlag, der ja eine völlige Verwischung sämtlicher fest ausgeprägter Vertragsformen herbeiführen müßte, Salinger selbst wohl nicht von zweifelloser Richtigkeit zu sein scheint, verfällt er, um noch auf andere Weise die Möglichkeit eines Verwahrungsvertrages zu rechtfertigen, gerade in den Fehler, auf den wir von vornherein aufmerksam machten, nämlich das Warenlager in seinem jeweiligen Bestand als Vertragsobjekt anzunehmen.

Kurzum, auf keine Weise wird hier wohl etwas herausgeklügelt werden können, was man mit Fug und Recht noch als Verwahrung bezeichnen könnte. Ebenso

---

[1]) a. a. O. S. 442.

ist aber auch ein depositum irregulare, welcher Vorschlag ebenfalls gemacht wurde, nicht angängig, bedeutete es doch, daß die Kontrahenten zunächst sich über den Eigentumsübergang einigten und dann gleichzeitig zur Rechtfertigung des dem Veräußerer verbleibenden Besitzes diesem das Eigentum zurückübertrügen. Es gehört daher dieses sogen. Hinterlegungsdarlehen auch gar nicht zu den Beispielen des § 868.

In deren weiteren Verfolgung wenden wir uns nunmehr Miete und Pacht zu. Beide gewähren zwar ein Gebrauchsrecht, nicht aber, wie es bei einem Warenlager erforderlich wäre, ein Veräußerungs-, d. h. also ein Verbrauchsrecht. Mag es auch richtig sein, daß analog der für den Pächter geltenden Singulärbestimmung des § 588 die rechtsgeschäftliche Vereinbarung zulässig ist, in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft die eine oder andere Sache veräußern zu dürfen, so ist das doch nicht so weit auszudehnen, daß man bei einem Warenlager, dessen bestimmungs- und somit auch wirtschaftsgemäßer Gebrauch lediglich in der Veräußerung besteht, dies für alle Waren dem Mieter rechtsgültig gestatten könnte. Der große Unterschied ist eben der, daß zwar das Gesetz unter ganz bestimmten und wirtschaftlich eng begrenzten Voraussetzungen einen Verbrauch der vermieteten bezw. verpachteten Sache ausnahmsweise gestattet, es keinesfalls aber sein Gedanke sein kann, dies auch dann zuzulassen, wenn die Veräußerung wie beim Warenlager gerade das

Wesentliche ist. Wir würden also mit einer derartigen weiten Anwendung dieser Sondervorschrift offensichtlich gegen den Zweck dieser Bestimmung verstoßen und würden wiederum im Endergebnis die Schranken zwischen zwei grundverschiedenen Begriffen wie gebrauchen und verbrauchen einreißen.

An diesem bei dem Warenlager erforderlichen Verbrauchsrecht scheitern ferner die sich lediglich durch die Unentgeltlichkeit von der Miete unterscheidende Leihe sowie auch der in § 868 aufgeführte und mehrfach gerade für unsere Zwecke für geeignet erklärte Nießbrauch. Bei letzterem liegt die Sache insofern ähnlich wie bei der vorhin von uns ins Auge gefaßten Verwahrung, indem auch hier zwischen eigentlichem und uneigentlichem Nießbrauch unterschieden wird. Der erstere ist seiner ganzen Natur nach für verbrauchbare Sachen unanwendbar, und es ist gerade darum für solche Sachen im § 1067 BGB. der sogen. uneigentliche Nießbrauch vorgesehen. Hiermit glaubt man denn auch arbeiten zu können, und zwar begründet vor allem Zeiler[1]) diesen Vorschlag eingehend. Er verkennt dabei nicht, daß, worauf wir beim Hinterlegungsdarlehen hinwiesen, nach dem Wortlaut des Gesetzes der uneigentliche Nießbraucher Eigentümer der verbrauchbaren Sachen wird und damit ein const. poss. ausgeschlossen ist. Indessen glaubt er, dadurch Abhilfe schaffen zu

---

[1]) a. a. O. S. 70—80.

können, daß er dieser Bestimmung einen zwingenden Charakter aberkennt und darum eine Vereinbarung für zulässig erklärt, nach der der Berechtigte zwar über die dem Nießbrauch unterliegenden verbrauchbaren Sachen verfügen darf, aber doch nicht deren Eigentümer wird. Uns erscheint aber dieser Ausweg ungangbar. Denn selbst zugegeben, daß § 1067 dispositiver Natur ist, so kann dies doch nur so weit der Fall sein, als man sich dabei im Rahmen des offensichtlichen gesetzgeberischen Willens hält. Dieser geht aber u. E. deutlich darauf hinaus, den uneigentlichen Nießbraucher, dem gestattet wird, die Sache zu verbrauchen und der hierdurch Eigentümerrechte erhält, auch zum Eigentümer zu machen. Wir werden also vor die Wahl gestellt: entweder nur Gebrauchsrecht, dann Nießbraucher oder Verbrauchsbefugnis, dann Eigentümer. Eine Parteivereinbarung aber, die die Grenzen zwischen beiden Möglichkeiten außer acht läßt, muß, zumal bei der infolge des numerus clausus der Sachenrechte geltenden Beschränkung der Parteiwillkür, ausgeschlossen sein. Damit ist sowohl der reguläre wie irreguläre Nießbrauch für die Sicherungsübereignung eines Warenlagers unanwendbar, denn der eine gestattet nicht die Veräußerung der Waren und der andere schließt das Besitzkonstitut genau wie das dispositum irregulare dadurch aus, daß er kraft zwingenden Rechtes den Veräußerer in seiner Eigenschaft als uneigentlichen Nießbraucher wiederum zum Eigentümer der Sachen macht.

Damit haben sich, da der noch im § 868 genannte Besitz des Pfandgläubigers von vornherein ausscheidet, die dort aufgeführten Beispiele sämtlich als für unseren Zweck unbrauchbar erwiesen. Daß es sich nämlich um bloße Beispiele handelt, geht daraus hervor, daß nach der Aufzählung einzelner bestimmter, und zwar der von uns behandelten Vertragstypen, ausdrücklich auf ähnliche Fälle im Gesetzestext hingewiesen wird. Wir müssen also, da wir ja noch nicht zu einem brauchbaren Ergebnis gekommen sind, festzustellen suchen, worin hier die verlangte Ähnlichkeit besteht und welche Erfordernisse event. sonst noch aufgestellt sind, um gleich dem ausdrücklich aufgezählten Beispielen ein gültiges Besitzmittlungsverhältnis im Sinne des § 868 darzustellen.

Unsere erste Frage lautet, ob die gesuchte Ähnlichkeit schon dann vorhanden ist, wenn, wie es im § 868 heißt, ein Verhältnis vorliegt, vermöge dessen jemand einen anderen auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, oder ob noch weitere Voraussetzungen gegeben sein müssen. Daß letzteres der Fall ist, ergeben schon die Protokolle (Bd. 3 S. 218), nach denen man darauf ausging, einen mittelbaren Besitz nur unter bestimmten eng begrenzten Voraussetzungen zuzulassen. Worin aber das weitere Erfordernis besteht, darüber ist man sich keineswegs einig, sondern stellt bald mehr, bald weniger Anforderungen an die Ähnlichkeit mit den vom Gesetz aufgeführten Fällen. Zuviel

fordert in dieser Hinsicht wohl Endemann,[1]) wenn er verlangt, daß die Sache dem unmittelbaren Besitzer vom mittelbaren anvertraut werden müsse. Weit treffender erscheint es hingegen, die u. a. auch von Staudinger übernommene Ansicht von Franz Leonhard,[2]) daß der Erwerb des Besitzmittlers auf Kosten des Vermögens des mittelbaren Besitzers zu erfolgen habe, wobei bereits mit der Einräumung des zunächst natürlich dem Eigentümer zustehenden unmittelbaren Besitzes die geforderte Vermögenseinbuße hinreichend erfüllt erscheint. Dazu kommt weiterhin das Höniger ausschlaggebend erscheinende Erfordernis eines Herausgabeanspruches des Oberbesitzers gegenüber dem Besitzmittler, welches sich u. E. sehr einfach bereits daraus ergibt, daß nach unseren früheren Ausführungen das Recht bezw. die Pflicht des Mittlers zum Besitz zeitlich begrenzt und somit also höchstens am Ende dieser Frist ein fälliger Herausgabeanspruch vorhanden sein muß. Kleinrath[3]) weist indessen mit Recht darauf hin, daß, da z. B. auch dem Käufer einer Sache gegen den Verkäufer ein Herausgabeanspruch zustehe, dieser Anspruch allein, wie Höniger meint, nicht entscheidend sein könne.

Ferner zeigt Kleinrath einen unsere volle Billigung findenden Weg, um beide an sich berechtigten Erfordernisse des auf Kosten des Oberbesitzers erlangten Be-

[1]) § 32 S. 126 ff.

[2]) a. a. O. S. 62.

[3]) L. Z. 1912 S. 109/10.

sitzes auf der einen und des Herausgabeanspruches auf der anderen Seite gleichsam unter einen Hut zu bringen. Hiernach kommt es entscheidend darauf an, wem von beiden der Vermögenswert der Sache gehört. Ein mittelbarer Besitz ist also dann gegeben, wenn der unmittelbare Besitzer einen insofern abgeleiteten Besitz innehat, als dem mittelbaren Besitzer zwar auf Zeit der Gewahrsam entzogen ist, ihm aber — und das ist das Entscheidende — währenddessen doch der Vermögenswert der Sache zusteht, und er darum auch, sei es früher oder später, die Einräumung des unmittelbaren Besitzes verlangen kann. Ist dagegen das vereinbarte Rechtsverhältnis ein derartiges, daß bei objektiver Betrachtung der tatsächlichen Lage, und zwar vor allem bezüglich der dem Besitzmittler eingeräumten Rechte, der materielle Wert der Sache nicht dem Ober-, sondern dem Unterbesitzer gehört, dann kann auch von einem Besitzmittlungsverhältnis nicht mehr die Rede sein. Es ist also darauf zu achten, auf welcher Seite die stärkere Rechtsmacht über die Sache und das überwiegende Interesse an ihr vorhanden ist, und danach ist dann zu entscheiden, ob das vereinbarte Rechtsverhältnis den aufgeführten Beispielen des § 868 ähnlich ist oder nicht.

Kann, so fragen wir uns nunmehr, ein Vertragstyp gefunden werden, der den oben aufgestellten Ansprüchen und zugleich den mit der Sicherungsübereignung eines Warenlagers verfolgten Zwecken gerecht wird? Man

hat in dieser Hinsicht vor allem den Dienstvertrag, ferner den Kommissionsvertrag und den Auftrag vorgeschlagen. Was den ersteren anlangt, so käme er in dem Sinne in Betracht, daß der Fiduziant als Angestellter die Waren für den Fiduziar zu veräußern hätte. Dann läge aber ein soziales Abhängigkeitsverhältnis vor, und der Sicherungsübereigner wäre demgemäß gar nicht unmittelbarer Besitzer, sondern lediglich Besitzdiener[1]) des neuen Eigentümers der Waren. Ein solches Verhältnis ist zwar gewiß theoretisch denkbar, es muß aber dann auch folgerichtig das Geschäft im Namen des Fiduziars geführt werden und die Fakturen usw. müssen auf ihn lauten.[2]) Daß dies aber in der Tat geschieht, dürfte in der Praxis wohl kaum vorkommen, da man stets darauf ausgeht, nicht etwa nur den tatsächlichen Gewahrsam, sondern auch, wenigstens nach außen, die geschäftliche Selbständigkeit dem Schuldner trotz der Übereignung des Warenlagers zu belassen. Denn die sonst erforderliche Änderung des ganzen Geschäftsbetriebes, vor allem der Firma, widerspräche nicht nur dem ja auf der Hand liegenden Schuldnerinteresse, sondern in der Mehrzahl der Fälle auch dem des Fiduziars, da die Fortdauer des alten Geschäftes ohne jede äußerlich sichtbare Veränderung weit mehr Hoffnung auf Befriedigung gewährt als die sonst nötige den Kredit und das Vertrauen der Kundschaft naturgemäß höchst gefährdende

[1]) § 855 BGB.

[2]) RG. im Recht 1909 Nr. 73.

Umwälzung. Nun ließe sich allerdings der erstrebte Erfolg völliger Geheimhaltung auch in der Form eines Dienstvertrages gestalten, der den Schuldner zum bloßen Angestellten des nunmehr materiellen Geschäftsinhabers, also des Fiduziars, machen würde. Dabei würden aber die Parteien, wie an anderer Stelle noch zu beleuchten sein wird, ihren ganzen Vertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten der Nichtigkeit aussetzen, wie das Reichsgericht noch im letzten Jahre mit Recht erkannte.[1]) Es ist demnach auch der Dienstvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht geeignet, den erstrebten wirtschaftlichen Erfolg in rechtsgültiger Weise zu erreichen, und haben überhaupt Versuche hiermit im praktischen Leben eine verschwindende Rolle gespielt gegenüber einer handelsrechtlichen Sonderart des Dienstvertrags, die im täglichen Leben bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern vorherrschend geworden ist.

Es ist dies der Kommissionsvertrag. Ihm räumt darum auch Höniger in seinem schon mehrfach erwähnten Buche eine hervorragende Stellung ein, indem er in einer bis ins einzelnste sich verbreitenden Untersuchung u. E. mit Erfolg nachweist, daß in der Mehrzahl der Fälle auch diese Vereinbarung bezw. die unter ihrer Flagge marschierenden Parteiabreden ein rechtswirksames Besitzmittelsverhältnis nicht zu begründen vermögen. Der wunde Punkt hierbei ist näm-

[1]) RG. Bd. 77 S. 201.

lich, daß ein Kommissionsvertrag in Wahrheit gar nicht vorliegt. Ein wirklicher Kommissionsvertrag wäre allerdings, wie auch Höniger zugibt, eine geeignete Grundlage für ein gültiges constitutum possessorium. Ebenso würde auch nach unserer obigen Auslegung des § 868 einem solchen Vertrage nichts im Wege stehen, da beim Verkauf durch den Kommissionär im Interesse und für Rechnung des Kommittenten unserer Forderung gemäß der Vermögenswert der Sache letzterem, also dem mittelbaren Besitzer zusteht.

Ganz anders liegt aber der Sachverhalt bei den üblichen Sicherungsübereignungen. Hier verkauft der sogen. Kommissionär zwar sehr wohl im eigenen Namen die dem Fiduziar gehörigen Waren, aber dem zweiten das Wesen des Kommissionsvertrags ausmachenden Erfordernis wird er nicht gerecht, indem die Veräußerung nicht für fremde, sondern für die eigene Rechnung des Schuldners erfolgte. Denn wie Höniger mit Recht ausführt, genügt die gewöhnlich vereinbarte, von Zeit zu Zeit erfolgende Gesamtrechnungslegung mit der Verpflichtung, einen Teil der Einnahme zur Schulddeckung zu verwenden, keineswegs zu der Annahme des erforderlichen Verkaufs in fremdem Interesse. In diesem Punkt deckt sich aber gerade unsere Definition des in § 868 verlangten ähnlichen Verhältnisses mit den Wesenserfordernissen des Kommissionsvertrages, indem beide das überwiegende Interesse in dem Sachwerte auf der Seite des Kommittenten bezw. des mittelbaren Besitzers

überhaupt verlangen. Mag man daher immerhin, was wir allerdings mit Höniger ablehnen, einen Kommissionsvertrag für zulässig halten, bei dem das Erfordernis des Handelns für fremde Rechnung in der geschilderten laxen Weise aufgefaßt wird, so kann doch ein derartiger Kommissionsvertrag nicht genügen, um in unseren Augen die Grundlage für ein wirksames constitutum possessorium abzugeben. Der materielle Wert der einzelnen Waren steht dann eben dem Gläubiger nicht zu, und es kann daher auch nicht die Rede davon sein, daß er deren mittelbarer Besitzer wäre.

Ähnlich wie beim Kommissionsvertrag liegt die Sache auch beim Auftrag. Auch hier steht nichts im Wege, daß er im einen oder anderen Falle für den Abschluß eines const. poss. geeignet ist und zugleich dem Wesen des Auftrags gerecht wird, indem die Parteien dem Schuldner die Verpflichtung auferlegen, jede einzelne Ware weiterzuveräußern. In der Mehrheit der Fälle wird aber auch hier das wirtschaftliche Ziel der Parteien auf einem Wege zu erreichen versucht werden, der außerhalb unserer für das const. poss. aufgestellten Erfordernisse dahin führt, indem dem Schuldner weitaus die Gläubigermacht überwiegende Befugnisse zur Einwirkung auf die einzelnen Waren eingeräumt werden.

Das bisherige Ergebnis wäre hiernach, daß die hauptsächlich in Betracht kommenden gesetzlich geregelten Vertragsformen entweder von vornherein kein gültiges Besitzmittlungsverhältnis darstellen oder zwar

in der Mehrzahl der Fälle hierzu geeignet wären, dagegen nicht oder nur höchst unvollkommen die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Kontrahenten zu befriedigen vermögen. Indessen ist darum noch keineswegs jede Aussicht genommen, das erstrebte Ziel auf juristisch zulässigem Wege zu erreichen. Zwar wird im allgemeinen den Parteien wenig mit der Tatsache geholfen sein, daß es ihnen unbenommen ist, die gesetzlich geregelten Verträge in der oder jener Beziehung abzuändern. Denn wie wir für jeden einzelnen ausführten, wäre zu einer wirklichen Befriedigung der regelmäßigen Interessen beider Kontrahenten eine derartige Umwälzung der feststehenden Vertragsstruktur notwendig, daß schließlich mit dem gesetzlichen Beispiel nichts mehr übereinstimmen würde als der diesem entnommene Name. Eine derartige Vertragsfreiheit ist aber, wie wir bereits des näheren ausführten, deshalb nicht angängig, weil eine heillose Verwirrung und Unsicherheit des Verkehrs befürchtet werden muß, wenn unbeschränkt der wesensbestimmende Inhalt altüberkommener Vertragstypen verändert und damit auch ihre Abgrenzung untereinander nicht mehr eingehalten wird.

Ein solches Vorgehen muß aber um so mehr als Unfug bezeichnet werden, als auf dem Gebiete des Obligationenrechts die Parteien keineswegs auf die gesetzlich geregelten Verträge angewiesen sind, sondern nach Herzenslust neue Arten ersinnen können, sofern sie sich nur im allgemeinen innerhalb der durch die Rücksicht

auf die guten Sitten usw. gezogenen Grenzen halten. Daß hiervon Gebrauch gemacht werde, ist aber auch mit Fug und Recht in den allerdings wohl seltenen Fällen von den Parteien zu verlangen, wo die gesetzlich geregelten Verträge sich nicht für die Zwecke der Kontrahenten eignen. Denn mag es auch im Einzelfall recht unbequem sein, daß der einfache Name und der damit gegebene Hinweis auf das Gesetz nicht genügt, sondern eine eingehende Festsetzung der Vertragsbestimmungen notwendig wird, so muß dies doch unbedingt zurückstehen hinter dem in seiner Gefährlichkeit gekennzeichneten völligen Ummodeln der gesetzlichen Vertragsformen, die hierdurch gleichsam zu Fangbällen in den Händen der Parteien gemacht werden.

Die Möglichkeit eines solchen frei vereinbarten Vertrages ist natürlich auch in unserem Falle gegeben, worauf auch in der Literatur und Praxis mehrfach hingewiesen wurde.[1]) Andererseits gelten aber auch für einen derartigen sogen. Innominatkontrakt selbstredend die in § 868 allgemein aufgestellten und von uns näher ausgelegten Anforderungen an ein gültiges Besitzmittlungsverhältnis. Ein rechtswirksames const. poss. wird hiernach nur dann bei der Sicherungsübereignung eines Warenlagers vorliegen, wenn die Parteiberedungen das Mehr der

[1]) So u. a. L. Z. 1912 S. 108; Melsbach a. a. O. S. 406; Kleinrath, Bad. Rpr. S. 8; RG. in JurW. 1903 S. 129; SeuffArch. Bd. 66 S. 102; Recht 1909 Nr. 1998.

Rechte und des Interesses an dem Wert der einzelnen Waren auf die Gläubigerseite verlegen und dieser so ein wenn auch erst unter bestimmten Voraussetzungen fälliger Herausgabeanspruch zusteht.

Die bloße Tatsache, daß die Waren zur Veräußerung bestimmt sind und auch wirklich verkauft werden, hindert für sich allein nicht, den obigen Erfordernissen gerecht werden zu können. So wird ihnen u. E. dann genügt, wenn vertraglich festgelegt wird, daß der Erlös für jede einzelne Ware dazu dienen muß, entweder zur Befriedigung des Fiduziars oder unmittelbar zur Beschaffung von Ersatzstücken verwendet zu werden. Ja selbst dann erscheint uns das überwiegende Interesse des Gläubigers gewahrt, wenn diese Verwendung auch nur für einen größeren Prozentsatz der aus den übereigneten Waren erzielten Einnahmen bedungen wird, während der Rest, der aber stets weniger als 50 % betragen muß, dem Schuldner verbleibt. Derartige Abmachungen sind aber in der Praxis nur mit großen Schwierigkeiten durchzuführen, indem sie vor allem eine ganz genaue und höchst umständliche Buchung sowie eine ständige Kontrolle durch den Fiduziar erfordern. Dies wird auf die Dauer noch bedeutend umständlicher sein, wenn es sich, wie gewöhnlich, um kleinwertige Waren, vor allem also Massenartikel handelt und nicht um verhältnismäßig teuere und daher auch weniger gangbare Gegenstände.

Es wird daher u. E. schon aus diesem Grunde auch auf dem Wege des Innominatkontraktes nur schwer etwas für praktische Zwecke Brauchbares zu erreichen sein. Dazu kommt, daß die gebräuchlichen Abmachungen bezüglich der Gefahrtragung, der Versicherungskosten usw. zu Lasten des Schuldners selbst bei genauer Einhaltung der oben dargelegten Erfordernisse im Einzelfalle eine Verschiebung des überwiegenden Interesses an den Waren auf die Schuldnerseite herbeiführen und so einen gültigen Besitzmittlungsvertrag verhindern wird.

Es wäre demnach das Ergebnis dieses Abschnittes dahin zusammenzufassen, daß den Voraussetzungen für eine gültige Sicherungsübereignung auch allein des augenblicklichen Warenlagers nur in der näher gekennzeichneten, für die Bedürfnisse der Praxis äußerst ungeeigneten Art und Weise Genüge geleistet werden kann. Der theoretischen Wege zur Erreichung des wirtschaftlichen Zieles sind allerdings sehr viele, nämlich einmal mehrere gesetzliche Vertragstypen mit oder auch ohne gewisse Änderungen sowie ein ganz beliebiger Innominatkontrakt. Sie alle aber werden den Parteiabsichten nur unvollkommen gerecht, indem das ihnen allen gegenüber geltende Erfordernis einer ernstlichen Eigentumsübertragung sowie die Anforderungen des § 868 gerade dem im Wege stehen, was man in der Mehrzahl der Fälle erreichen will, nämlich den Gläubiger zu sichern und doch dem Schuldner die unbeschränkte Ver-

fügungsmacht über das Warenlager zu belassen. Uns kann allerdings nach unseren obigen wirtschaftlichen Betrachtungen über derartige Sicherungsverträge dieses Ergebnis nur zur Befriedigung gereichen, indem uns so ein Mittel gegeben ist, einer großen Anzahl dieser Übereignungen von Warenlagern die Rechtswirksamkeit zu versagen.

C. Die Übereignung der Warenzugänge insbesondere.

Wie wir bereits mehrfach erwähnten, wird nur in sehr wenigen Fällen der augenblickliche Warenbestand allein dem Fiduziar übereignet, sondern meistens zugleich auch alle späteren Ersatzstücke. Vom Standpunkt des betreffenden Gläubigers aus ist dies ja auch nur allzu natürlich, da die vorhandenen Waren, die je eher um so besser verkauft werden sollen, nur eine kurzfristige Sicherung von höchst problematischem Werte darstellen. Andererseits haben wir gesehen, daß die dem einen Gläubiger um soviel vorteilhaftere Übereignung auch der Warenzugänge vom Standpunkt aller übrigen Gläubiger und aus allgemeinen wirtschaftlichen Gesichtspunkten für noch weit gefährlicher und schädlicher gehalten werden muß als die Sicherstellung allein vermittels der gerade vorhandenen Waren. Die Aufgabe dieses Abschnittes ist es nun, zu untersuchen, ob überhaupt bezw. auf welche Weise rechtlich eine solche

Übereignung von noch nicht im Schuldnerbesitz befindlichen Gegenständen erreicht werden kann.

Auch hier hat man die verschiedensten Wege eingeschlagen. Zunächst — und auch heute geschieht dies noch häufig — versuchte man es auf die nächstliegendste Art und Weise, indem man einfach in dem Übereignungsvertrag bestimmte: alle zukünftig anzuschaffenden Waren fallen in dem Augenblick ihres Erwerbes durch den Schuldner in das Eigentum des Gläubigers. Mit anderen Worten ausgedrückt bedeutet das, daß auf Grund der im Vertrag erfolgten dinglichen Einigung über den Eigentumsübergang dieser selbst sich gleichsam automatisch mit dem Moment vollenden soll, in dem der Fiduziant die tatsächliche Gewalt über die einzelnen Ersatzstücke erlangt. Es fragt sich indessen, ob nicht erhebliche Bedenken diesem sogen. antezipierten Besitzkonstitut entgegenstehen. Dies ist u. E. in der Tat der Fall. Zunächst spricht schon der klare Wortlaut des Gesetzes entgegen. Wir gehen dabei von § 929 Satz 1 BGB.[1]) aus, der die Grundform der Eigentumsübertragung mittels tatsächlicher Übergabe regelt, während die folgenden Gesetzesstellen die Übereignung auf Grund der verschiedenen Übergabesurrogate behandeln. § 929 fordert offensichtlich, daß die Parteien

[1]) „Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll."

zur Zeit der Übergabe einig sind, und läßt somit eine der Übergabe vorhergehende Einigung als ungenügend erscheinen. Noch deutlicher geht dieser Standpunkt des Gesetzes aus § 930 hervor, der ja gerade die uns beschäftigende Übereignungsform regelt. § 930 lautet: „Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt". Es wird also hier klar und deutlich der Besitz der Sache zur notwendigen Voraussetzung für den Abschluß eines jeden const. poss. erhoben.

Gegen die Zulässigkeit einer vorweggenommenen dinglichen Einigung spricht ferner, wie Leonhard[1]) richtig ausführt, der Sinn des Gesetzes. Das const. poss. ist deshalb geeignet, eine Ersatzform für die tatsächliche Übergabe zu sein, weil sie ebenfalls dem Erwerber einen wenn auch nur mittelbaren Besitz verschafft. Dies kann natürlich aber nur dann geschehen, wenn der Veräußerer die tatsächliche Gewalt über die Sache innehat. Ohne dieses Erfordernis ist somit keine Grundlage vorhanden für eine dingliche Einigung über den Eigentumsübergang, und die entsprechenden Parteivereinbarungen sind daher lediglich als die Übernahme der Verpflichtung zu betrachten, für den Fall späteren Erwerbes dem Vertragsgegner das Eigentum weiter zu übertragen.

[1]) a. a. O. S. 46.

Einen weiteren Gegengrund hebt Höniger[1]) in eingehenden Ausführungen hervor. Er entnimmt ihm den für die Lehre von der Stellvertretung grundlegenden § 164 BGB. Danach läßt sich, wie er mit Recht darlegt, allerdings mittels der direkten Stellvertretung ein unmittelbarer Eigentumsübergang auf den Fiduziar erreichen. Zweierlei ist aber hierzu erforderlich. Erstens — hierauf geht Höniger allerdings nicht ein — muß der Fiduziar dem Schuldner die Vertretungsbefugnis eingeräumt haben, unmittelbar für ihn selbst die Ersatzwaren anzuschaffen. Die bloße Einigung, daß die neuen Waren mit ihrem Erwerb ins Eigentum des Gläubigers übergehen sollen, kann aber u. E. auf keinen Fall dahin ausgelegt werden, daß hierdurch der Schulder im obigen Sinne zum Stellvertreter gemacht wird. Denn der Gläubiger wird sich gewiß hüten, auf diese Weise — wir unterstellen hierbei den Regelfall der Parteiidentität beim Kausal- und Erfüllungsgeschäft — persönlicher Schuldner aus dem Kaufvertrag mit dem Warenlieferant zu werden. Aber selbst beim Vorhandensein dieser Vertretungsmacht wird doch der Schuldner klug genug sein, dem zweiten Erfordernis des § 164 Abs. 1 nicht gerecht zu werden, nämlich offen als Vertreter seines Gläubigers aufzutreten und so seine mißliche Lage klar an den Tag zu legen. Ebenso scheitert die dritte in dieser Hinsicht denkbare Möglichkeit an praktischen

[1]) a. a. O. S. 108—115.

Gründen. Es ist dies der Fall, daß der Fiduziant zwar als selbständiger Käufer auftritt, aber hinsichtlich des dinglichen Vertrags als direkter Stellvertreter des Gläubigers, d. h. zwar sich selbst verpflichten will, aber dem Lieferanten zumutet, die Waren einem anderen, nämlich dem Fiduziar, zu übereignen. Es liegt auf der Hand, daß sich hierauf kein Geschäftsmann einlassen wird, ganz abgesehen davon, daß wiederum der Schuldner sich selbst zum Verräter seiner harten wirtschaftlichen Bedrängnis machen wird.

Diese letzten Ausführungen wandten sich indessen nicht direkt gegen das antizipierte Konstitut, sondern allgemein gegen die Möglichkeit eines automatischen Eigentumsüberganges auf den Gläubiger. Der § 164, von dem wir hierbei ausgingen, ist aber — hierauf laufen vor allem Hönigers Betrachtungen hinaus — auch ein direkter Grund gegen die Zulässigkeit einer vorweggenommenen dinglichen Einigung bei der Übereignungsform des § 930. Nach § 164 Abs. 2 gilt nämlich derjenige, der nicht erkennbar in fremdem Namen handelt, trotz seines entgegenstehenden Willens als Vertragspartei. Auf unseren Fall angewandt bedeutet das, daß der Fiduziant, der nach unseren obigen Ausführungen regelmäßig die getroffene Vereinbarung des sofortigen Eigentumsüberganges der Ersatzstücke auf seinen Gläubiger verschweigen wird, deren Eigentümer wird, obwohl er für den Fiduziar erwerben will. Die Billigung des antizipierten Konstituts führt aber, wie Höniger

weiter richtig darlegt, dahin, daß in demselben Augenblick, in dem der Schuldner anfängt, Eigentümer der neuen Waren zu sein, er sein Eigentum wieder an dem Gläubiger verliert. Das heißt nichts anderes, als der Fiduziant ist selbst überhaupt nicht einen Augenblick Eigentümer gewesen. Denn nur juristische Haarspalterei vermag hier Eigentumserwerb und -übertragung als zwei selbständige Akte auseinanderzuhalten, während bei einer natürlichen Betrachtung der Dinge ein Eigentum, das im Moment seiner Entstehung auch bereits wieder aufhört, überhaupt nicht vorhanden gewesen ist. Danach hat also das antizipierte Konstitut einen unmittelbaren Rechtserwerb durch einen indirekten Stellvertreter zur Folge, während gerade § 164 Abs. 2 dieses Ergebnis für unzulässig erklärt. Damit verstieße man aber auch gegen den wohlberechtigten Sinn des Gesetzes, daß nur der berechtigt werden soll, in dessen Namen ein Vertrag abgeschlossen wurde, nicht aber „der, den es angeht", welche z. B. von Dietz[1]) gewünschte Rechtsauffassung zweifellos ein contra legem agere bedeuten würde.

Ein weiteres Warnungssignal gegen die Zulassung eines antizipierten Konstituts ist eine gewiß unbeabsichtigte und unerwünschte Folge auf dem Gebiete des Strafrechts. Es würde nämlich der Fiduziant bei jeder anderweitigen Verwendung des Ersatzstückes sich einer

---

[1]) a. a. O. S. 8.

Unterschlagung schuldig machen, da es sich ja um eine bewegliche, in seinem Gewahrsam befindliche Sache handelt, die vom Augenblick an, in dem er sie in seine Gewalt bekam, nicht ihm, sondern seinem Gläubiger gehörte und somit für ihn eine „fremde“ ist. Mag also immerhin jemand unsere grundsätzlichen Bedenken hinsichtlich des antizipierten Besitzkonstituts nicht teilen, so muß doch der Hinweis auf die eben gekennzeichnete strafrechtliche Folge die Gegner einsehen lassen, daß sie einen wenn nicht von Grund aus falschen, so doch zu mindest äußerst dornenvollen Weg beschritten haben.

Indessen muß noch eine weitere Erwägung selbst den unbedingten Anhänger des antizipierten Konstituts zur Erkenntnis führen, daß es gerade für unsern Fall der Sicherungsübereignung erst künftig anzuschaffender Waren unanwendbar ist. Es ist dies der Umstand, daß ein Recht nur an individuell bestimmten Sachen begründet werden kann.[1]) Mag man sich also auch einen erst anzuschaffenden konkret bestimmten Gegenstand bereits vorher durch die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses übereignen lassen können, in bezug auf „alle künftige Waren“ läßt sich keinesfalls eine dingliche Einigung abschließen. Eine genauere Individualisierung der späteren Ersatzstücke ist aber natürlich in der Praxis unmöglich.

Nach alledem kann von einem antizipierten Besitz-

---

[1]) So auch v. Tuhr a. a. O. S. 49.

konstitut zumal bei einem Warenlager hinsichtlich der neu anzuschaffenden Sachen nicht die Rede sein. Des näheren bedeutet das zunächst die Unmöglichkeit eines sich automatisch regelnden Eigentumsübergangs im Augenblick der Besitzergreifung der Sachen durch den Schuldner, nachdem lediglich in irgendeinem früheren Zeitpunkt, und zwar in unserem Falle in dem abgeschlossenen Sicherungsvertrag eine Einigung in diesem Sinne stattgefunden hat. Ferner kommen wir aber auch dann zu keinem anderen Resultat, wenn man, wie manche es tun, sich mit der ursprünglichen Vereinbarung nur dann zufrieden gibt, wenn sie im entscheidenden Moment des Sacherwerbs noch vorhanden ist und dies, gewöhnlich stillschweigend, nach außen hervortritt. Denn auch diese Ansicht ist nach unserer Anschauung unhaltbar, obwohl sie einige Übelstände vermeidet, wie z. B. das Vorliegen einer Unterschlagung bei anderweitiger Verwendung durch den Schuldner. Um aber auf der anderen Seite wenigstens auf einen Punkt einzugehen, so trifft das zweite von uns gegen das const. poss. angeführte Argument auch hier in vollem Maße zu, nämlich das Erfordernis, daß man selbst Besitz haben muß, um ihn, wie die Veräußerungsform des § 930 verlangt, einem anderen verschaffen zu können.[1]) Es ist daher nicht nur die Endgültigkeit einer der Besitzübertragung vorausgehenden dinglichen Einigung

[1]) vgl. Leonhard a. a. O. S. 47.

zu verwerfen, sondern eben dieser Einigung überhaupt die dingliche Natur abzusprechen und sie allein als eine obligatorische zu betrachten, auf Grund deren in unserem Falle sich der Schuldner lediglich verpflichtet, alle Ersatzstücke mit der Anschaffung dem Fiduziar weiterzuübereignen.

Im Gegensatz zur Begründung eines dinglichen Rechtes ist, um dies kurz vorweg festzustellen, die Übernahme einer solchen Verpflichtung hinsichtlich im voraus nicht bestimmbarer Gegenstände sehr wohl zulässig, da die einzige Grenze für eine gültige Verbindlichkeit, von einer etwaigen Unsittlichkeit abgesehen, im absolut, d. h. für alle Menschen Unmöglichen zu finden ist. Ist somit kein grundsätzliches Bedenken gegen die Eingehung dieser Verpflichtung vorhanden, so fragt sich, ob auf diese Weise dem Schuldner die Möglichkeit gegeben ist, die Eigentumsübertragung an den Ersatzstücken wirksam zu bewerkstelligen. Auch hier hat man verschiedene Wege eingeschlagen.

So operierte man mit der durch § 151 gestatteten stillschweigenden Annahme einer Vertragsofferte. Der Fiduziant macht demgemäß seinem Gläubiger einfach die Mitteilung, die und die genau bezeichneten Waren habe er angeschafft und sei gewillt, sie auf Grund des gleichen Besitzmittlungsverhältnisses wie die übrigen Sachen als seine, d. h. des Gläubigers Eigentum, auf Lager zu nehmen. Unterstellen wir hierbei

die Gültigkeit des betreffenden Besitzmittlungsverhältnisses, so wüßten wir in der Tat keinen Grund gegen das Zustandekommen sowohl des dinglichen Vertrages über den Eigentumsübergang als auch des obligatorischen betreffend die Besitzeinräumung an den Schuldner. Auch ist eine Antwort des Gläubigers nicht nur dann nicht erforderlich, wenn der Fiduziant ausdrücklich darauf verzichtet hat, sondern auch ohne dies, da ja der ganze Vorgang sich gemäß den getroffenen Parteivereinbarungen abspielt und darum eine besondere Annahme der Offerte durch ausdrückliche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist, sondern stillschweigend erfolgen kann.

Weitere Möglichkeiten für die Erfüllung der übernommenen Verpflichtung durch den Schuldner ohne jede Mitwirkung des Gläubigers suchte und fand man vermittels § 181 BGB. Hiernach kann man als Vertreter eines Dritten mit sich selbst dann ein Rechtsgeschäft vornehmen, wenn es einem ausdrücklich gestattet ist oder es sich lediglich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt. Da letzteres in unserem Falle durch die in den Sicherungsvertrag aufgenommene Bestimmung hinsichtlich der Ersatzstücke der Fall ist, kann der Fiduziant ohne weiteres mit sich als Vertreter des Gläubigers die Übereignung vornehmen. Da indessen dieser Vorgang sich allein im Inneren des in der Doppelrolle auftretenden Schuldners abspielt, muß weiterhin gefordert werden, daß der abgeschlossene Vertrag auch

nach außen auf irgenwelche Weise hervortritt.[1]) Dies muß auf eine Art geschehen, die den Schuldner bindet, so daß er nicht beliebig von der geschlossenen Einigung wieder loskommen kann. Es genügt hierbei aber eine Erkennbarkeit für den Vertragsgegner, da es sich ja lediglich um einen Übergabeersatz handelt, und es ist nicht erforderlich, daß der abgeschlossene Vertrag auch sonst Dritten gegenüber ersichtlich gemacht wird. Wie im einzelnen diesem Erfordernis der Erkennbarkeit am besten, d. h. am wenigst umständlichen Genüge geleistet wird, dafür sind die verschiedensten Vorschläge gemacht worden, auf die im einzelnen einzugehen sich hier erübrigt. Es genügt vielmehr der bloße Hinweis, daß alle diese Wege dann gangbar erscheinen, wenn sie dem Schuldner ein Zurück nicht mehr gestatten, zuvörderst also eine genaue, dem Gläubiger zugestellte Aufstellung der betreffenden Waren. Aber auch die Buchung der einzelnen Stücke auf den Namen des Fiduziars genügt infolge der gesetzlichen Herausgabepflicht von Vertrags- und sonstigen für den Gegner wichtigen Urkunden und speziell der kaufmännischen Bücher.

Es läßt sich demnach ein rechtliches Argument gegen die Übereignung der Ersatzstücke auf eine der geschilderten Arten nicht finden. Ein automatisch sich vollziehender Eigentumsübergang auf den Fiduziar ist

[1]) So u. a. Leonhard S. 93; Staudinger § 30, 4b; Lene S. 71; Lütke-Brune in JurW. 1910 S. 141; RG. in Seufferts Arch. S. 37 Nr. 192 u. a. m.

allerdings rechtlich nicht möglich, aber im übrigen läßt sich, wenn auch juristisch etwas gekünstelt, so doch praktisch ohne allzu große Umständlichkeit das gewünschte Ziel erreichen. Wir bleiben also in dieser Hinsicht auf die grundsätzliche Schwierigkeit angewiesen, die auch der Übereignung des augenblicklichen Bestandes eines Warenlagers entgegensteht, nämlich ein Besitzmittlungsverhältnis zu finden, das im gleichen Maße den Parteiabsichten und den gesetzlichen Anforderungen gerecht wird. Wie wir oben ausführten, ist dieses Ziel — und zwar zu unserer Genugtuung — nach geltendem Recht nicht erreichbar, sondern die gesetzliche Gültigkeit dieser Verträge ist nur auf Kosten des Wunsches der Kontrahenten herbeizuführen, dem Schuldner die volle Verfügungsmacht über das Lager nach wir vor zu belassen. Ist man indessen klug genug, hierauf zu verzichten, und räumt man dem Fiduziar die ihm als Eigentümer gehörige rechtliche Übermacht an dem materiellen Wert jeder einzelnen Sache ein, so wird sich auf Grund der bisher behandelten Gesichtspunkte prinzipiell nichts gegen die Übereignung des jetzigen wie des künftigen Lagers einwenden lassen.

D. Rechtsbehelfe gegen schädliche Wirkungen der Sicherungsübereignungen.

Noch haben wir einige weitere Möglichkeiten zu prüfen, solchen Sicherungsübereignungen von Waren-

lagern, die nicht bereits an der Klippe eines gültigen Besitzmittlungsverhältnisses scheiterten, auf andere Art und Weise beikommen oder wenigstens ihre besonders nachteiligen Folgen und drohenden Auswüchse beseitigen zu können. In dieser Hinsicht ist zunächst die Frage der Unsittlichkeit in Betracht zu ziehen als das gesetzgeberische Allheilmittel gegen alle unser Billigkeitsgefühl verletzenden Rechtsgeschäfte. § 138 Abs. 1 BGB. drückt diesen Gedanken in der einfachen und gerade darum für die praktische Anwendung weitesten Spielraum lassenden Form aus:

„Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig".

Unsere Sache ist es also, des näheren zu untersuchen, inwiefern wir hiermit in bezug auf den Gegenstand unserer Abhandlung etwas ausrichten können. Nach zwei Seiten hin ergibt sich diese Möglichkeit, nämlich in der Richtung auf den Schulder und auf dritte Gläubiger.

Was zunächst den Schuldner selbst betrifft, so sind gerade da, wo gemäß unserer Forderung dem Fiduziar die ihm gebührenden weitgehenden Eigentümerrechte eingeräumt werden, Fälle sehr wohl denkbar, wo dem Schuldner für die Dauer derartige Beschränkungen auferlegt werden, daß man mit Fug und Recht von einer unsittlichen Knebelung seiner Person sprechen kann. Zu einem derartigen Ergebnis ist man auch bereits in mehreren Entscheidungen der oberen Gerichtshöfe ge-

langt.[1]) Indessen wäre es u. E. keineswegs am Platze, derartige Urteile verallgemeinern zu wollen, sondern die Ungültigkeitserklärung eines Vertrags wegen Verstoßes gegen die guten Sitten muß nach wie vor das äußerste, nur mit größter Vorsicht zu handhabende Mittel bei wirklich krassem Sachverhalt bleiben, ist also in bezug auf unsere Frage nur dann am Platze, wenn wirklich die geschäftliche Selbständigkeit des Schuldners auf eine nicht absehbare Zeit hinaus völlig lahmgelegt erscheint, was besonders dann der Fall ist, wenn der Gläubiger jederzeit in den Betrieb willkürlich hineinreden und ihn zum Stillstand bringen kann.

Ist nach Obigem der geschilderte „Knebelvertrag" nur als eine seltene Ausnahme zu betrachten, so wird ein Blick auf die Interessen der übrigen Gläubiger des Fiduzianten weit eher und somit auch häufiger den Sicherungsverträgen den Stempel des Unsittlichen aufdrücken, zumal ja gerade das Warenlager als der letzte dem Schuldner gehörende Wert im Regelfalle nur zu dem Zwecke übereignet wird, dem drängenden Gläubiger eine nach außen nicht erkennbare Vorzugstelle vor den übrigen Gläubigern bei dem aller Voraussicht nach schlimmen Ende des Unternehmens zu sichern. Das unsittliche Moment ist also darin zu finden, daß nach außen unverändert der Geschäftsbetrieb fortgeführt wird

[1]) vgl. u. a. RG. in JurW. 1911 S. 576 Nr. 10 und OLG. Kassel in JurW. Bd. 12 S. 457, 3.

und vor allem neue Kaufverträge mit den ahnungslosen Lieferanten abgeschlossen, die darauf gelieferten Waren aber sofort weiter an den Fiduziar übereignet werden. Mit Recht führt das Reichsgericht in einem Urteil vom 3. 1. 1911 in dieser Beziehung aus, daß wenn auch keineswegs der Kreditnehmer zu jeglicher Auskunft über seine Vermögensverhältnisse aus freien Stücken verpflichtet sei, er doch nicht eine derart vom Regelfall ungünstig abweichende Geschäftslage verheimlichen dürfe. Noch zweifelsfreier ist aber die Unsittlichkeit dann anzunehmen, wenn der betreffende Schuldner, wie es sehr häufig geschieht, nicht nur das Warenlager, sondern alle künftigen Forderungen von vornherein zur Sicherung abgetreten hat und trotz der so in Wahrheit vorhandenen Kreditunwürdigkeit sein Geschäft nach außen als ein durchaus gesundes hinstellt.[1]) In solch krassen Fällen sind wir unbedenklich geneigt, eine unsittliche Täuschung der in Unkenntnis der wirklichen Sachlage weiter kreditgebenden Gläubiger anzunehmen und somit § 138 für anwendbar zu erklären.

Indessen ist das Vorliegen der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts nach unserem Gesetz nicht nur geeignet, die Nichtigkeit desselben auf Grund von § 138 herbeizuführen, sondern es kann unter bestimmten Vor-

[1]) RG. Bd. 67 S. 166; RG. in JurW. 1911 S. 576 Nr. 10, 1912 S. 457 Nr. 3, in DJZ. 1912 S. 449 und OLG. in SeuffArch. Bd. 67 S. 259.

aussetzungen auch der Tatbestand eines Delikts erfüllt sein, so daß dem Geschädigten Schadensersatzansprüche gegen die Personen zustehen, die die unerlaubte Handlung verübt haben, in unserem Falle also gegen den Schuldner und event. auch gegen den Fiduziar, was zumal wegen der ja anzunehmenden Zahlungsunfähigkeit des Fiduzianten von besonderer Wichtigkeit ist. Die betreffenden Gesetzesstellen sind die §§ 823 Abs. 2 sowie 826 BGB. Im ersteren Falle muß die Verletzung eines Strafgesetzes vorliegen, als welches für uns § 263 StGB. in Betracht kommt, d. h. es muß sich um einen Betrug in strafrechtlichem Sinne handeln. Indessen wird diese Annahme wohl regelmäßig an dem Erfordernis der rechtswidrigen Bereicherungsabsicht scheitern. Hierzu kommen die gewiß sehr berechtigten Bedenken, über die zivile Schadensersatzforderung hinaus auch noch Veranlassung zu geben für einen öffentlichen Strafanspruch gegen den Schuldner und event. auch gegen den Gläubiger als dessen Betrugsgenossen.

Hieraus erklärt es sich sehr natürlich, daß die Praxis diese Möglichkeit lediglich andeutete,[1]) und zwar unseres Wissens nur ein einziges Mal, im übrigen aber den einfacheren und unbedenklicheren § 826 anwandte.[2]) Da wir das sittenwidrige Moment bereits oben beleuchtet haben, ist hier nur noch das subjektive Erfordernis des

[1]) RG. v. 18. 5. 1911.

[2]) vgl. JurW. 1910 S. 939 Nr. 16, 1911 S. 576 Nr. 10.

Vorsatzes ins Auge zu fassen. Das Reichsgericht[1]) führt in dieser Hinsicht richtig aus, daß hierfür keineswegs eine beabsichtigte Benachteiligung, ja nicht einmal das Bewußtsein einer notwendigen Schädigung erforderlich ist, sondern daß dasjenige einer naheliegenden Schädigungsmöglichkeit ausreicht. Dieses Bewußtsein wird beim Schuldner, der im Regelfall infolge seiner hilflosen Lage einen derartigen Sicherungsvertrag bezüglich seines Warenlagers abschließt, wohl fast stets zu bejahen sein, ist aber auch hinsichtlich des Gläubigers häufig anzunehmen. Denn auch er läßt sich regelmäßig in Kenntnis der Lage seines Schuldners das Warenlager gerade zu dem Zwecke übereignen, sich eine Vorzugsstellung vor den übrigen Gläubigern zu verschaffen, ist sich mithin also einer event. Schädigung derselben sehr wohl bewußt. Was ferner das Sittenwidrige gerade seiner Handlungsweise anlangt, so hat das Reichsgericht in derselben Entscheidung es darin gefunden, daß er in Bewußtsein seiner eigenen, durch die Sicherstellung gefahrlosen Lage auf fremde Kosten spekuliere. Dem ist aber u. E. entgegenzuhalten, daß es sicher häufig vorkommt, daß die Rücksicht auf den Schuldner mindestens ebenso wie der eigene Vorteil den Gläubiger veranlaßt, sich mit einer Sicherung zu begnügen, statt sofort den Schuldner zum Konkurs zu treiben. Ein derartiger Gesichtspunkt wird aber berechtigte Zweifel hinsichtlich der Sitten-

---

[1]) RG. in JurW. 1911 S. 576 Nr. 10; RG. Bd. 77 S. 209 u. a.

widrigkeit des Gläubigervorgehens entstehen lassen. Dazu kommt, daß in der eigentlichen subjektiven Grundlage solcher Verträge, nämlich in dem Wunsche des Schuldners, sich möglichst über Wasser zu halten, und in dem des Gläubigers, soweit es nur irgend geht, sein Geld zu retten, gewiß nichts zu finden ist, was nach der Auffassung aller billig und gerecht Denkenden unmoralisch genannt werden müßte.

Es ergibt sich somit, daß ebensogut Gründe für wie gegen die Annahme einer vorsätzlichen sittenwidrigen Vermögensschädigung sich finden lassen, und es wird infolgedessen nur dann unsere Frage bejaht werden dürfen, wenn die tatsächliche Lage des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses eine durchaus verzweifelte war und trotz Kenntnis dieses Umstandes Schuldner wie Gläubiger unbekümmert um alle Folgen darauf ausgingen, solange wie möglich der Außenwelt Sand in die Augen zu streuen. Kommt man auf dieser Grundlage zur Anwendbarkeit des § 826, so bedeutet dies für den Fiduziar, daß er jedem irgendwie Geschädigten seinen vollen Ausfall ersetzen muß. Diese Tatsache ist u. E. nicht nur ein Weg, um Schäden, die bereits eingetreten sind, wieder zu beheben, sondern scheint vor allem geeignet, vorbeugend zu wirken, indem ein Gläubiger sich sehr wohl überlegen wird, einen für ihn event. so gefährlichen Vertrag zu schließen.

Noch auf eine ganz andere Art und Weise hat man, ebenfalls auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das-

selbe Ergebnis zu erreichen gesucht, den Fiduziar für die Schulden des Fiduzianten heranzuziehen. Man operiert damit, daß die Sicherungsübereignung eines Warenlagers als eines ganzen Wertkomplexes häufig als Vermögensübernahme im Sinne von § 419 BGB. aufzufassen sei und der Fiduziar demgemäß, wenn auch beschränkt auf den Bestand des übernommenen Vermögens neben dem Schuldner für die gegen diesen begründeten Ansprüche hafte. Dieser Gedanke erscheint uns in der Tat so übel nicht, und wir können die hiergegen vorgebrachten grundsätzlichen Bedenken nicht teilen. So stützt sich Weisler[1]) darauf, daß die Parteien an eine derartige Folge gar nicht gedacht hätten, und es daher nicht gut angängig sei, sie nachträglich damit zu überraschen. Dem läßt sich sehr einfach entgegenhalten, daß es auf die Kenntnis der Kontrahenten unmöglich ankommen kann, da nach § 419 Abs. 3 selbst der ausdrücklich im Übernahmevertrag zum Ausdruck gelangte entgegensetzte Parteiwille die kraft zwingenden Rechtes eintretende Haftung des Übernehmenden nicht auszuschließen vermag.

Einen zweiten Gegengrund findet Weißler darin, daß gerade bei der Sicherungsübereignung insofern das ganze Vermögen niemals übergehe, als der Schuldner stets den Anspruch auf Rückübertragung gegen Schuldtilgung behalte und dieser einen erheblichen Vermögens-

[1]) S. 554 a. a. O.

wert darstelle. Diese Ansicht ist aber u. E. keineswegs zu billigen, da sie in ihrem praktischen Ergebnis gerade dem Zweck des § 419 zuwiderläuft. Dieser ist nämlich offenbar darin zu finden, daß eine dem Schuldner aller Mittel entblößende Vermögensübertragung keinen Nachteil für seine Gläubiger nach sich ziehen darf, sondern sich diese für die zur Zeit der Übertragung begründeten Ansprüche nach wie vor an die jetzt zwar in fremden Händen befindlichen Vermögenswerte halten können. Nun liegt bei der Sicherungsübereignung die Sache entweder so, daß der durch die Übereignung erzielte Kredit zur Befriedigung der übrigen Gläubiger verwendet wird, dann werden dieselben gar nicht nötig haben, sich an den Fiduziar zu halten. Oder aber — und das ist gerade bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern die Regel — auch der gewonnene Gegenwert, wenn überhaupt ein solcher gewährt wird, reicht zur Befriedigung der Gläubiger nicht aus, dann ist die finanzielle Erholung des Schuldners äußerst zweifelhaft und demgemäß sein Rückübertragungsanspruch gegen den Fiduziar von so problematischem Werte, daß hieran die Tatsachen des Vermögensüberganges nicht scheitern dürfen, sondern dem Zweck des § 419 entsprechend die Haftung des Fiduziars einzutreten hat.

Die notwendige Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß die zur Sicherung übertragenen Objekte eine für die Anwendung des § 419 hinreichende Vermögensübertragung darstellen. Was hierzu des näheren erforder-

lich ist, hat das Reichsgericht in einigen neueren Entscheidungen klargestellt.[1]) Danach ist es nicht etwa nötig, daß bis auf den letzten Rest alle Aktiva des Schuldners übergegangen sein müssen, sondern es genügt, wenn die Hauptmasse seiner Habe dem Erwerber überlassen wurde, so daß nur ein verhältnismäßig geringwertiger Bruchteil dem Schuldner verblieb. Ferner ist keineswegs erforderlich, daß das Vermögen als Ganzes auf Grund eines einheitlichen Vertrages, der ja nach § 311 öffentlich beglaubigter Form bedürfte, übertragen wurde, sondern § 419 geht über das Anwendungsgebiet von § 311 hinaus, indem es allein auf die Tatsache des Vermögensüberganges ankommt, mag er sich auch auf Grund einzelner Akte vollzogen haben. Das ist auf unsere Verhältnisse übertragen insofern wichtig, als hiernach § 419 auch dann zutrifft, wenn der Gläubiger sich nach und nach die Vermögenswerte des Schuldners übereignen läßt, also z. B. zunächst sein Inventar und dann die einzelnen Stücke seines Warenlagers.

Mangels prinzipieller Bedenken gegen die Anwendung des § 419 wird es daher lediglich Tatfrage sein, ob derselbe im Einzelfalle zutrifft. Besonders würde die Frage dann zu bejahen sein, wenn nicht nur die hauptsächlichsten Vermögensstücke übertragen werden, sondern auch kein Gegenwert dafür in Form neuen Kredites gewährt wird, sondern lediglich für alte

---

[1]) RGZ. Bd. 69 S. 416 u. 76, 1.

Schulden Sicherheit geleistet werden soll. Denn gerade in diesen bei der Übereignung des Warenlages in der Praxis gewiß überwiegenden Fällen ist der Zweck des § 419 offensichtlich erfüllt, indem der Schuldner jeglicher Mittel sich entblößt, und darum ein Schutz für die übrigen Gläubiger eintreten muß.

Es ist endlich noch auf einen für die Prozeßgestaltung sehr erheblichen Vorteil hinzuweisen, den eine Anwendung des § 419 im Gegensatz zu anderen Mitteln gegen schädliche Sicherungsübereignungen mit sich bringt. Er liegt auf dem Gebiete der Beweislast, die sich hier für den Kläger äußerst günstig gestaltet. Dieser braucht nämlich lediglich den Nachweis des tatsächlichen Überganges der Aktiva eines Schuldners auf den Beklagten zu führen, nicht aber etwa wie bei der unten zu behandelnden Anfechtungsklage anzugeben, welche Vermögensstücke im einzelnen auf den Beklagten übertragen wurden. Sache des Beklagten ist es dann, die Unzulänglichkeit des übernommenen Vermögensbestandes darzutun.[1]) Ferner ist im Gegensatz z. B. zu § 826 das Vorliegen eines irgendwie sittenwidrigen Momentes hinsichtlich der Vermögensübertragung keineswegs nötig, um den Eintritt der Haftung aus § 419 zu rechtfertigen da diese sich nach unseren Ausführungen ja allein aus der Tatsache des Vermögensüberganges genügend erklärt.

Hiermit dürften wohl die dem Bürgerlichen Gesetz-

---

[1]) vgl. Fischer-Henle zu § 419 Ziff. 6.

buch zu entnehmenden Handhaben gegen unheilvolle Wirkungen von Sicherungsübereignungen erschöpft sein. Doch auch andere Gesetze lassen uns in dieser Hinsicht nicht im Stich. So, wie oben angedeutet, das sogen. Anfechtungsgesetz v. 21. 7. 1879. Nach § 3 Ziff. 1 und 2 dieses Gesetzes können Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Teile bekannten Absicht der Gläubigerbenachteiligung vorgenommen hat, auch außerhalb des Konkurses angefochten werden. Der Unterschied von Ziff. 1 u. 2, welch letztere die in dem letzten Jahre vor der Anfechtung geschlossenen Rechtsgeschäfte des Schuldners mit nahen Verwandten behandelt, liegt allein auf dem Gebiete der Beweislast. Im zweiten, naturgemäß weit verdächtigeren Falle nämlich hat der Beklagte den schwierigen Entlastungsbeweis zu führen, daß ihm die erforderliche Benachteiligungsabsicht des Schuldners nicht bekannt war. Umgekehrt muß nach Ziff. 1 in allen anderen Fällen der Kläger die entsprechende Kenntnis des Beklagten nachweisen, was aber in der Praxis schon darum die größten Schwierigkeiten macht, weil der in der Regel als Zeuge vernommene Schuldner stets bestreiten wird, eine Gläubigerbenachteiligung beabsichtigt zu haben. Damit wird der Beweis meist schon gescheitert sein, während im Falle 2 die gesetzliche Vermutung dieser Absicht und der davon vorhandenen Kenntnis des beklagten Verwandten auch bei der Vernehmung des Schuldners als Zeugen doch so leicht nicht entkräftet werden wird. Im allgemeinen

aber glauben wir überhaupt sagen zu müssen, daß, von Ziff. 2 abgesehen, wo ein Verdacht durchaus berechtigt erscheint, wohl selten eine direkte Absicht der Benachteiligung auf seiten des Schuldners gerade bei der Sicherungsübereignung vorliegen wird. Denn mit Ausnahme von Schiebungsfällen ist der Zweck dieser Verträge gewöhnlich allein der, einen drängenden Gläubiger durch Einräumung der Sicherheit zu beruhigen, die Schädigung der übrigen Gläubiger somit also nur die unbeabsichtigte Folge dieses Abkommens. Es ist aber u. E. nicht angängig, wo das Gesetz klar und deutlich das Tatbestandsmerkmal der Absicht aufstellt, auch das Bewußtsein notwendiger oder sogar nur möglicher Schädigung als genügend hinzustellen. Denn wie z. B. auch Jaeger anerkennt, ist auch in diesem Gesetz der Begriff „Absicht" kein anderer als im Strafrecht, und muß somit in unserem Falle nachgewiesen werden, daß die Benachteiligung der übrigen Gläubiger das bestimmende Moment, also der eigentliche Zweck der vorgenommenen Sicherungsübereignung war, was, wie gesagt, nur ausnahmsweise der Fall sein wird.

Darum erscheinen uns auch die unter anderen von Asch und Przibilla[1]) gemachten Vorschläge, für die Sicherungsübereignung allgemein die Vermutung der Ziff. 2 gesetzlich einzuführen, sehr bedenklich, da auf diese Weise ein Verdacht aufgestellt würde, der der

[1]) JurW. 1911 S. 301 u. 307.

tatsächlichen Grundlage in dieser Verallgemeinerung gewiß entbehrt und somit zur Folge haben würde, daß auch durchaus anständige Sicherungsübereignungen durch die unbillige Regelung der Beweislast erfolgreich angefochten werden könnten. De lege ferenda erscheint uns daher auf diesem Wege ein wünschenswertes Ergebnis nicht erzielt werden zu können, während de lege lata allerdings in den geeigneten Fällen auch das Anfechtungsgesetz in seiner heutigen Gestaltung benutzt werden kann und soll, um Auswüchsen der Sicherungsübereignung erfolgreich entgegenzutreten. Hierbei wird es vor allem auf den erfahrenen Blick des Richters ankommen, ob er es versteht, den Gedanken der Parteien auf die Spur zu kommen und ob er demgemäß z. B. je nach Lage des Falles auf das Zeugnis des Schuldners bald mehr, bald weniger Gewicht legen wird. Im einzelnen wird hier für die Erkenntnis der Parteiabsicht es von größter Wichtigkeit sein, ob der Fiduziar eine berechtigte Forderung gegen den Schuldner hatte und hinreichende Anzeichen vorliegen, daß zur Deckung dieser Forderung die Sicherungsübereignung vorgenommen wurde, wobei unter anderem auf das Wertverhältnis zwischen Forderung und Sicherungsobjekten Gewicht zu legen ist.

Zwei weitere Möglichkeiten zur Bekämpfung unlauterer Sicherungsübereignungen entnimmt Hellwig in seiner Broschüre „Gläubigernot“ der Zivilprozeßordnung. Das erstere ist ein verhältnismäßig kleiner

Notbehelf, indem er die üblen Folgen nicht in ihrer Gesamtheit, sondern gleichsam nur eine einzige Eiterbeule zu treffen sucht, nämlich die prozessuale Kostenpflicht, die gemeinhin dem im Interventionsprozeß unterliegenden Beklagten auferlegt wird, so daß dieser nicht nur dulden muß, daß die Gegenstände, die er zu seiner Befriedigung zu verwenden gedachte, vom hohnlachenden Sicherungseigner ihm entrissen werden, sondern ihm das Bestreiten des gegnerischen Rechtes noch erhebliche Kosten verursacht.

Der § 93 ZPO.,[1]) an den man zu diesem Zwecke zuerst denken wird, ist, wie Hellwig selbst anerkennt, zu diesem Behufe ungeeignet. Denn selbst wenn der Beklagte zur Klage keine Veranlassung gegeben hat, so wird er doch nur dann von der Kostenpflicht befreit, wenn er sofort vor Gericht den gegnerischen Anspruch anerkennt. Das wird er aber in der Praxis nicht tun können, da er es ja gerade zum Prozeß kommen ließ, um den Fiduziar zum gerichtlichen Nachweis seines Widerspruchsrechtes zu zwingen.

In Erkenntnis dieses Umstandes sucht denn auch Hellwig auf andere Art sein Ziel zu erreichen, nämlich mittels § 94 ZPO. Dieser lautet: „Macht der Kläger einen auf ihn übergegangenen Anspruch geltend, ohne

[1]) „Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt."

daß er vor Erhebung der Klage dem Beklagten den Übergang mitgeteilt und auch auf Verlangen nachgewiesen hat, so fallen ihm die Prozeßkosten insoweit zur Last, als sie dadurch entstanden sind, daß der Beklagte durch die Unterlassung der Mitteilung oder des Nachweises veranlaßt worden ist, den Anspruch zu bestreiten".

Die Anwendung des obigen Paragraphen hängt demnach von folgenden Voraussetzungen ab.

1. Es muß sich um einen Anspruch handeln, der von anderer Seite auf den Kläger übergegangen ist.

2. Der Übergang des Anspruches darf dem Beklagten zur Zeit der Klageerhebung nicht nachgewiesen sein, aus welchem Grunde dieser sich veranlaßt gesehen haben muß, den Anspruch zu bestreiten.

Im Gegensatz zu Hellwig scheint uns eine objektive Betrachtung zu ergeben, daß diese Voraussetzungen in unserem Falle beide nicht vorliegen. Zunächst handelt es sich bei uns nicht um einen abgeleiteten Anspruch im Sinne dieses Paragraphen. Dies ergibt schon der Zweck der ganzen Bestimmung, die lediglich den Schuldner begünstigen soll, der mit befreiender Wirkung nur an den legitimierten Zessionar zahlen kann. Hieraus und dem von Hellwig zur Unterstützung herangezogenen § 413 BGB. kann aber keineswegs der vielleicht wünschenswerte allgemeine Gedanke des Gesetzes hergeleitet werden, daß stets der geschützt werden soll, der sich auf die Fortdauer eines

bisher bestandenen Rechtszustandes verläßt. Eine solche Auffassung würde u. E. eine höchst bedenkliche Verallgemeinerung einer Ausnahmevorschrift bedeuten.[1]) Weiterhin aber kann auch insofern von einem abgeleiteten Anspruch nicht die Rede sein, als der Kläger ein originär durch die Sicherungsübereignung für ihn entstandenes Widerspruchsrecht geltend macht, das dem Fiduzianten, von dem es hergeleitet sein soll, überhaupt nicht zustehen würde.

Endlich wird in der Regel auch die zweite Voraussetzung nicht erfüllt sein. Denn der Nachweis, der betreffs des Anspruchsübergangs zu führen ist, braucht sich nach herrschender Meinung gar nicht auf genaue Einzelheiten zu beziehen und wird daher vom Kläger in unserem Falle durchweg vor Klageanstrengung geführt sein. Der pfändende Gläubiger läßt es eben wohl stets mit voller Überlegung deshalb zur Klage kommen, um eine gerichtliche Prüfung der Gültigkeit des Sicherungsvertrages herbeizuführen, während die Tatsache seines Abschlusses zur Zeit der Klageerhebung ihm bereits hinreichend mitgeteilt sein wird.

Somit ist für eine Anwendung des § 94 kein Raum. Mag dies auch im Einzelfalle vielleicht bedauerlich sein, so ist es eben doch nicht angängig, willkürlich einen Rechtssatz zu Zwecken zu verwenden, die unbedingt über seinen Rahmen hinausgehen. Um so weniger scheint

[1]) vgl. über diese Frage Boschan und Levin zu Hellwig a. a. O.

uns aber ein solches Vorgehen dann zulässig, wenn, wie hier, damit nur ein ganz geringer Erfolg erzielt werden kann, das Übel an seiner Wurzel aber unberührt bleibt.

Sehen wir darum, ob der zweite Weg, den Hellwig uns in seiner Broschüre zeigt und der im Gegensatz zum vorigen die Sicherungsübereignung selbst treffen soll, einen Erfolg in der gewünschten Richtung verspricht. Der betreffende Vorschlag geht dahin, den Fiduziar im Falle einer Pfändung durch weitere Gläubiger des Schuldners nicht das Aussonderungsrecht des § 771, sondern lediglich ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung gemäß § 805 ZPO. zu gewähren.

Welche Vorteile, so lautet unsere erste Frage, würden sich hieraus für die übrigen Gläubiger, zu deren Gunsten man ja diesen Weg beschreiten will, ergeben? Wie Hellwig richtig ausführt, würde sich ihre Lage in zweifacher Hinsicht verbessern. Bei der heutigen Lage der Sache ist ihnen überhaupt jede Pfändung der übereigneten Gegenstände infolge des Widerspruchsrechts des Fiduziars aus § 771 unmöglich gemacht. Es bleibt ihnen somit nur die Pfändung und Überweisung des schuldnerischen Anspruchs auf Rückübertragung der übereigneten Sachen nach Befriedigung des Fiduziars bezw. auf Herausgabe des Übererlöses bei der im umgekehrten Falle statthabenden Verwertung durch den Sicherungseigner. Damit ist aber den Gläubigern des-

halb nicht gedient, weil ihnen jede Möglichkeit fehlt, den Fiduziar dazu zu zwingen, von seinem Verwertungsrechte Gebrauch zu machen, sie aber andererseits natürlich nicht gesonnen sein werden, gegen Befriedigung desselben aus eigener Tasche die Rückübertragung der Objekte herbeizuführen. Die Folge davon ist, daß sie ohnmächtig auf den auf sie selbst natürlich keinerlei Rücksicht nehmenden freien Willen von Fiduziant und Fiduziar angewiesen sind, zumal sie in faulen Fällen bei dem einzigen ihnen offenstehenden Mittel der Konkursbetreibung erst recht ausfallen würden. Hier würde nun die Anwendung des § 805 ihre Lage ganz anders gestalten, indem sie nun beliebig pfänden und selbst die zwangsweise Verwertung der Sachen betreiben könnten.

Noch heilsamer wäre aber die sich aus einer Anwendung des § 805 ergebende zweite Folge. Der Fiduziar könnte nicht mehr wie bisher ohne Rücksicht auf die Höhe und überhaupt das Bestehen einer Forderung die ganzen ihm übereigneten Sachen einfach aussondern, sondern er wäre gezwungen, den Betrag der eigenen Forderung zu beweisen, und könnte lediglich in deren Höhe vorweg Befriedigung fordern. Damit wäre aber gerade demjenigen Punkte der Sicherungsübereignung ein Riegel vorgeschoben, der am meisten bisher zu Schiebungszwecken sich eignete. Sah man sich doch so verlockt, nicht etwa zur Sicherung eines drängenden Gläubigers, sondern zu dem Zwecke seine Habe irgendeinem Dritten zu übereignen, um sich selbst vor jeder

Pfändung durch das diesem Dritten eingeräumte Widerspruchsrecht zu bewahren. So war in der Tat der leitende Gedanke für manche Sicherungsübereignung, zumal an nahe Verwandte und Freunde, die überhaupt keine Forderung gegen den Fiduzianten hatten, und nicht zum wenigsten verdankt das ganze Institut der Sicherungsverträge diesen üblen Auswüchsen seinen schlechten Leumund. Gerade hier aber würde, wie gesagt, § 805 durch den Zwang des Forderungsnachweises gründlichst Abhilfe schaffen.

Sonach kann an den Vorteilen dieses Vorschlages für die übrigen Gläubiger kein Zweifel bestehen. Indessen wäre von deren Gesichtspunkt aus überhaupt jede Sicherungsübereignung zu verbieten, und daher können diese einseitigen Wünsche allein nicht maßgebend sein. Vielmehr muß unser Vorschlag auch in bezug auf Fiduziant und Fiduziar geprüft werden. Was letzteren anlangt, so wird ihm zwar gewiß das weitergehende Recht aus § 771 lieber sein. Hierauf kann aber natürlich eine Rücksicht nicht genommen werden, sondern es braucht ihm nur die Rechtsstellung zugebilligt werden, die seinen berechtigten wirtschaftlichen Ansprüchen Genüge leistet. Für ein Mehr, als § 805 es ihm gewähren würde, scheint uns aber durchaus kein Bedürfnis zu bestehen, ist doch von vornherein das wirtschaftliche Ziel für die Vornahme einer Sicherungsübereignung vom Standpunkt des Fiduziars kein anderes als die Einräumung einer pfandrechtsartigen Sicherstellung und nur

der eingeschlagene Weg aus Gründen des geltenden Rechtes ein über diesen Zweck hinausgehender. Demnach würde die Einräumung eines bloßen Absonderungsrechtes dem wirtschaftlichen Interesse des Fiduziars durchaus Genüge leisten.

Dasselbe scheint uns auch vom Standpunkt des Fiduzianten der Fall zu sein. Was ihn betrifft, so soll die Sicherungsübereignung dazu dienen, seine bewegliche Habe auch insoweit zu einer berechtigten Kreditерlangung zu verwenden, als er auf deren unmittelbaren Besitz nicht verzichten kann. Dieser Zweck wird indessen, soweit er wirtschaftlich gerechtfertigt ist, auch bei Anwendung des § 805 gewahrt. Denn im Leben kann sich seine Lage in der Regel nur auf zweierlei Art gestalten, wie wir bereits oben bei Betrachtung des § 419 auseinandersetzten. Entweder er ist imstande, wenigstens seine übrigen Gläubiger zu befriedigen, dann tritt mangels einer Pfändung durch dieselben ein praktischer Unterschied zwischen § 771 und § 805 nicht zutage. Oder aber es fehlen ihm die Mittel, seine sonstigen Schulden, also von den Verbindlichkeiten beim Fiduziar abgesehen, zu decken, dann besteht auch kein Grund, ihm den Besitz seiner Habe noch weiter zu belassen und diese so den Gläubigern zu entziehen.

Nach alledem muß sich uns die Anwendung des § 805 als unbedingter Fortschritt darstellen. Es fragt sich also nur, ob rechtlich diesem wirtschaftlich erstrebenswerten Ziel nichts im Wege steht. Zur Be-

antwortung dieser Frage ist es erforderlich, wenigstens einen kurzen Blick auf die Rechtsstellung des Fiduziars im allgemeinen zu werfen. Erscheint es doch auf den ersten Blick unkonsequent, zwar auf der einen Seite die Sicherungsübereignung nur dann zuzulassen, wenn sie sich als wirkliche Eigentumsübertragung darstellt, auf der anderen Seite aber ihr doch nur pfandrechtsartige Wirkungen zuzusprechen. Bei näherem Zusehen ist dies indessen so unlogisch nicht. Allerdings geht volles Eigentum auf den Fiduziar über, und er ist dinglich voll verfügungsberechtigt betreffs der ihm übereigneten Sachen. Aus der Natur des Sicherungsgeschäftes ergibt sich aber gleichzeitig die obligatorische Nebenabrede, dieses Eigentum nur in den Grenzen des beabsichtigten wirtschaftlichen Zweckes zu verwenden, also in erster Linie die Pflicht zur Rückübertragung bei Schuldtilgung bezw. zur Herausgabe eines etwaigen Überschusses im Falle der Verwertung. Diese zunächst nach innen bestehende Gebundenheit des Fiduziars, seine Stellung nur als die eines Pfandgläubigers aufzufassen, muß aber folgerichtig dahin führen, ihn auch nach außen im Falle der Konkurrenz anderer Gläubiger nur eine dementsprechende Rechtsstellung einzurämen. Demgemäß behandelt ihn auch die herrschende Meinung im Konkurs lediglich als Absonderungsberechtigten. Was aber im Konkurse mehr und mehr anerkannt wird, sollte man unbedenklich in allen anderen Fällen, wo noch weitere Gläubiger Befriedigung aus den übereigneten Gegenständen suchen,

entsprechend anwenden, d. h. man soll aufhören, aus der grundsätzlichen Auffassung der Rechtsstellung des Fiduziars Bedenken herleiten zu wollen.

Es bleibt somit allein noch übrig, die Anwendbarkeit gerade des § 805 ZPO. zu prüfen. Diese scheint uns allerdings nicht gegeben zu sein. Denn einmal kann der Fiduziar nicht als Pfand- oder Vorzugsberechtigter im Sinne des Gesetzes bezeichnet werden, und ferner befindet sich, was nach § 805 nicht der Fall sein darf und was Hellwig nicht genügend beachtet, der Fiduziar im Besitz der Sache, da auch auf dem Boden der Zivilprozeßordnung der bloß mittelbare Besitz eben doch einen rechtsgültigen Besitz darstellt.

Somit ist nach geltendem Recht Hellwigs Vorschlag unabwendbar. Gerade hier aber halten wir ein Eingreifen des Gesetzgebers für geboten, und zwar derart, daß er den Fiduziar schlechthin den Fällen des § 805 ZPO. einreiht. Grundsätzliche Bedenken stehen einem solchen Schritte, wie wir ausführten, nicht im Wege, und die praktischen Ergebnisse werden gewiß die heilsamsten sein. Durch eine solche ausdrückliche gesetzliche Regelung der Sicherungsübereignung würde ferner das unberechtigte Odium bloß gezwungener Duldung dem in seiner gesunden Anwendung notwendigen Rechtsinstitut der Sicherungsübereignung genommen und damit die Grundlage geschaffen werden, daß es mehr wie bisher zu wirtschaftlich wohl angebrachten Zwecken

verwandt wird und weniger zu solchen, die das helle Licht zu scheuen haben.

Damit wird sich wohl auch der praktisch großen Schwierigkeiten begegnende Vorschlag eines Registerpfandrechts für Mobilien erübrigen, zumal bei richtiger Anwendung aller von uns angedeuteten Wege die infolge der Heimlichkeit der Sicherungsübereignung gefürchteten Schäden wohl durchweg beseitigt werden können. Darum soll man keine umständlichen Gesetzesänderungen verlangen, sondern mit den Mitteln auszukommen suchen, die bereits zu Gebote stehen. Zunächst aber sollen einmal die Kreditgeber, die heute sich so laut über das ganze Institut beschweren und es von Grund aus verbieten möchten, und zwar zuvörderst die Warenlieferanten, aufhören, sich in blinder Konkurrenzwut zu unsinnigen Krediten ohne jede Deckung verleiten zu lassen. Dann wird auch der Richter auf der Basis hierdurch weit gesünderer Verhältnisse durch zielbewußte Rechtsanwendung die immer noch möglichen Auswüchse der Sicherungsübereignung zu treffen wissen, und zwar vor allem die Sicherungsübereignung von Warenlagern, wobei nach unseren Ausführungen eine genaue Prüfung des vereinbarten Besitzmittlungsverhältnisses in der Regel bereits zu einer Ungültigkeitserklärung der geschlossenen Verträge führen dürfte, in Ausnahmefällen aber mit den weiteren von uns gezeigten Rechtsbehelfen ernsthafteren Schädigungen wirksam wird abgeholfen werden können.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Ich wurde am 29. Dezember 1891 zu Frankfurt a. M. als Sohn des verstorbenen Rechtsanwalts Dr. jur. Berthold Stern und seiner Ehefrau, Franziska geb. Stern geboren. Nach dreijährigem Besuch der Adlerflycht-Realschule und neunjährigem des Lessing-Gymnasiums zu Frankfurt bestand ich an letzterer Anstalt Ostern 1910 die Reifeprüfung. Ich studierte sodann die Rechtswissenschaften auf den Universitäten Freiburg i. B., München, Berlin und Marburg. Am 3. Juni 1913 machte ich in Cassel das Referendarexamen und wurde am 15. August in St. Goarshausen a. Rh. am Amtsgericht angestellt. Zum Dr. jur. promovierte ich am 20. Oktober 1913.